

# REVISTA DA Emeron



Revista da Escola da Magistratura do Estado de  
Rondônia  
Ano 2018 - nº 24 - outubro 2018  
Periodicidade: Anual

**Diretor**  
Desembargador Marcos Alaor Diniz Grangeia

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



# REVISTA DA Emeron



## CÚPULA DIRETIVA - BIÊNIO 2018-2019

### Poder Judiciário do Estado de Rondônia

Presidente	Des. Walter Waltenberg Silva Junior
Vice-Presidente	Des. Renato Martins Mimessi
Corregedor-Geral	Des. José Jorge Ribeiro da Luz

### Escola da Magistratura do Estado de Rondonia - Emeron

Diretor	Des. Marcos Alaor Diniz Grangeia
Vice-Diretor	Juiz Guilherme Ribeiro Baldan
Secretário Geral	Alberto Ney Vieira Silva

### Centro de Pesquisa e Publicação Acadêmica - Cepep

Cordenadora	Juíza Inês Moreira da Costa
Conselho técnico científico	Juiz Guilherme Ribeiro Baldan
	Juiz Jorge Luiz dos Santos Leal

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

<b>Conselho Editorial</b>	Des. Dimas Ribeiro da Fonseca
	Des. Eurico Montenegro Júnior
	Des. Marcos Alaor Diniz Grangeia
	Juíza Inês Moreira da Costa
	Juiz Sérgio William Domingues Texeira
	Juiz Edenir Sebastião Albuquerque da Rosa
	Dr. Rodolfo de Freitas Jacarandá

24  
emeron.tjro.jus.br



**Editora:** Escola da Magistratura do Estado de Rondônia  
Rua Tabajara, 834, Olaria - CEP: 76.831-316  
Porto Velho - Rondônia - Brasil  
Tel.: (69) 3217-1066  
emeron.cepep@tjro.jus.br - emeron.tjro.jus.br

**Editor Responsável**

Juiz Edenir Sebastião Albuquerque da Rosa

**Coordenação de Conteúdo**

Eduardo Ribeiro dos Santos  
Neuma Oliveira Souto Dória

**Revisão**

Ana Rosa Frazão Paiva

**Capa - Projeto Gráfico**

Marcelo de Oliveira Cidade

**Obra de arte - capa**

Rita Queiroz

Todos os direitos reservados e protegidos pela Lei n. 9.610 de 19/2/1998. Nenhuma parte desta obra, sem autorização prévia da Escola da Magistratura ou dos autores, poderá ser reproduzida ou transmitida, sejam quais forem os meios empregados: eletrônicos, fotográficos, gravação ou outros.

**Produção**

Assessoria de Comunicação da Emeron - Ascom

**Impressão**

Divisão Gráfica - Digraf

Tiragem: 500 exemplares

Disponível também em: [emeron.tjro.jus.br](http://emeron.tjro.jus.br)

---

Revista da Emeron / Escola da Magistratura do Estado de Rondônia. - - n.24 (jan./dez 1996-) - - Porto Velho : TJRO, 2018.

Anual

ISSN 1983-7283

1. Direito – Periódicos I. Rondônia (Estado) Tribunal de Justiça. Escola da Magistratura do Estado de Rondônia

CDD: 340.5  
CDU-340 (05)

---

## SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO .....	7
HOMENAGEM DA ESCOLA DA .....	8
MAGISTRATURA AOS PRIMEIROS .....	8
MAGISTRADOS DO ESTADO DE RONDÔNIA .....	8
A CRISE DO JUDICIÁRIO E O SEU FUNCIONAMENTO PÓS CNJ: FOI ABERTA A CAIXA PRETA? .....	19
A ÉTICA NOSSA DE CADA DIA.....	59
OS JUÍZES NA CONTEMPORANEIDADE: CAUSAS E EFEITOS DA JUDICIALIZAÇÃO .....	81
ENCARCERAMENTO EM MASSA: A GENEALOGIA DO MAL E O SISTEMA PENAL CONTEMPORÂNEO .....	113
A POPULAÇÃO CARCERÁRIA FEMININA DO ESTADO DE RONDÔNIA: DE ONDE VIM, O QUE SOU E OS MEUS DIREITOS COMO MULHER .....	131
ATIVISMO JUDICIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA .....	153
A ESPETACULARIZAÇÃO DA VIOLENCIA: A “CHACINA DO URSO BRANCO” DE 2002 EM RONDÔNIA NA FOLHA DE SÃO PAULO ONLINE .....	169
LINCHAMENTO VIRTUAL: DIREITOS HUMANOS E RESPONSABILIDADES À LUZ DA LEI 12.965/14 - MARCO CIVIL DA INTERNET.....	191
A Declaração de Estado de Coisas Inconstitucional como Autoisenção do Direito .....	209
A DIMENSÃO TECNOLÓGICA DA SUSTENTABILIDADE E AS REVOLUÇÕES INDUSTRIAIS.....	237
O QUE BUSCAM NA JUSTIÇA OS QUE SE RECONHECEM COMO AFETADOS PELAS USINAS HIDRELÉTRICAS IMPLANTADAS NO RIO MADEIRA?.....	263
A LEGISLAÇÃO AMBIENTAL E A CRIMINALIZAÇÃO DA PESCA TRADICIONAL NA ÁREA DE INFLUÊNCIA DA USINA HIDRELÉTRICA DE SANTO ANTÔNIO DO RIO MADEIRA – RONDÔNIA/BRASIL .....	281
ONEROSIDADE NAS BANDEIRAS TARIFÁRIAS: UMA MEDIDA DE DESENVOLVIMENTO SOCIAL OU UMA CORREÇÃO ÀS FALHAS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA? UMA ANÁLISE SEGUNDO A TEORIA DE JUSTIÇA DE AMARTYA SEN .....	297
A HIPOCRISIA DA MEIA ENTRADA E SEU IMPACTO NA PRECIFICAÇÃO DOS INGRESSOS.....	315
QUALIFICAÇÃO DOS SERVIDORES DO PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DE RONDÔNIA DESIGNADOS PARA ATUAREM NA FISCALIZAÇÃO DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS .....	347
OPORTUNIDADES DE MELHORIAS NO CENÁRIO ATUAL DO GERENCIAMENTO DE PROJETOS DE TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO EM ORGANIZAÇÕES PÚBLICAS NO MUNICÍPIO DE PORTO VELHO .....	371



Rio Madeira e Pôr do Sol - Perfeição Divina  
Porto Velho - Rondônia  
Autor: Juiz Muhammad Hijazi Zaglout

## APRESENTAÇÃO

Caro Leitor,

Após breve hiato, com grande contentamento, lançamos a edição n. 24 da Revista da Emeron. Esta edição, por si só marcante, celebra ainda dois grandes momentos vividos pela justiça rondoniense: O primeiro, no passado, rememora a trajetória dos aprovados no I Concurso Público para Ingresso no cargo Inicial de Juiz de Direito desta Corte. A segunda, no presente, evidencia os holofotes dados ao saber científico, a partir da implantação do Centro de Pesquisa e Publicação Acadêmica da Escola da Magistratura do Estado de Rondônia.

Pela importância desta Revista como um canal de saberes, seu retorno constrói um elo entre o caminho traçado até aqui e aquele que se desenha para o futuro. Esta publicação sempre se configurou como um espaço de enaltecimento do esforço de magistrados e colaboradores que se dedicam à constante atualização de seus conhecimentos. Agora, passa a figurar também, como um recinto de difusão de um projeto institucional e amplo de pesquisas de cunho acadêmico e viés profissionalizante para aqueles que perseguem o aprimoramento da prestação jurisdicional.

Assim, nos orgulha apresentar, artigos produzidos no Programa de Mestrado Profissional Interdisciplinar em Direitos Humanos e Desenvolvimento da Justiça, cujo corpo discente é formado majoritariamente por magistrados e servidores deste Tribunal de Justiça; na Especialização em Direito para a Carreira da Magistratura, curso oferecido por esta Escola; e por magistrados beneficiários de bolsas de estudo em programas de doutoramento. Agradecemos a todos os autores dos textos e almejamos que as ideias aqui apresentadas transcendam o papel e nos direcionem a novas perspectivas para uma justiça mais humana, eficiente e justa.

Nesta edição, também rendemos nossas homenagens aos primeiros juízes concursados deste Tribunal que se dispuseram a transpor os obstáculos de um Estado novo para ajudar na construção da Justiça. Em 26 de julho de 1982, no antigo prédio do Fórum de Porto Velho, primeira sede do Poder Judiciário, 30 profissionais, vindos de diversos locais do Brasil, tomaram posse no cargo de juiz de direito, iniciando uma trajetória de conquistas e crescimento não apenas para a justiça, como também para o Estado de Rondônia.

Agradecemos, especialmente, ao Juiz Edenir Sebastião Albuquerque da Rosa, que aceitou o convite para coordenar o Comitê de Redação Científica, e incumbiu-se de captar os trabalhos apresentados nesta edição.

Desembargador Marcos Alaor Diniz Grangeia  
Diretor da Emeron

## **HOMENAGEM DA ESCOLA DA MAGISTRATURA AOS PRIMEIROS MAGISTRADOS DO ESTADO DE RONDÔNIA**



### **ADILSON FLORENCIO DE ALENCAR**

Ingressou no Judiciário rondoniense como Juiz de Direito na 3ª Vara Cível da Capital. Em dezembro de 1989 tomou posse como Desembargador, posição em que permaneceu até sua aposentadoria, em dezembro de 1999.



### **ANISIO GARCIA MARTIN**

Ingressou no Judiciário rondoniense como Juiz de Direito na Comarca de Pimenta Bueno. Foi promovido para Porto Velho em 1985 e aposentou-se em julho de 1987. Veio a falecer em janeiro de 2001.



### **ANTÔNIO CÂNDIDO DE OLIVEIRA**

Ingressou no Judiciário rondoniense como Juiz de Direito em Porto Velho. Em maio de 1990 tomou posse como Desembargador. Foi Corregedor Geral no Biênio 1992/1994 e Presidente no Biênio 1996/1998. Aposentou-se em março de 2001.



### **CARLOS ROBERTO DA SILVA**

Ingressou no Judiciário rondoniense como Juiz de Direito na Comarca de Rolim de Moura. Em 1988 é promovido para Porto Velho. Aposentou-se em agosto de 1991.



### **CÁSSIO RODOLFO SBARZI GUEDES**

Ingressou no Judiciário rondoniense como Juiz de Direito na Comarca de Guajará-Mirim. Em março de 2000 tomou posse como Desembargador. Atuou como Corregedor Geral da Justiça no Biênio 2002/2003 e presidente do TJRO entre 2010/2011. Aposentou-se em julho de 2013. Veio a falecer em fevereiro de 2017.



### **EDMUNDO SANTIAGO CHAGAS**

Ingressou no Judiciário rondoniense como Juiz de Direito em Ji-Paraná. Em 1989 é promovido a titular da Vara da Auditoria Militar da Comarca de Porto Velho. Aposentou-se em abril de 1991.



### **FERNANDO LOPES SOARES**

Ingressou no Judiciário rondoniense como Juiz de Direito em Vilhena. Em 1984 é promovido para Porto Velho. Aposentou-se em 1987. Veio a falecer em julho de 2017.



### **GABRIEL MARQUES DE CARVALHO**

Ingressou no Judiciário rondoniense como Juiz de Direito na 2ª Vara Cível de Ji-Paraná. Em 1983 é promovido para Porto Velho. Em setembro de 1992, tomou posse como Desembargador. Foi Corregedor-Geral da Justiça no biênio 1994/1995, Diretor da Emeron entre 2000 e 2001 e Presidente do TJRO em 2002 e 2003. Aposentou-se em maio de 2010.



### **GILBERTO PEREIRA DE OLIVEIRA**

Ingressou no Judiciário rondoniense, em 1984, como Juiz de Direito na Comarca de Cerejeiras. Em 1988 é promovido para Porto Velho. Aposentou-se em outubro de 1991.



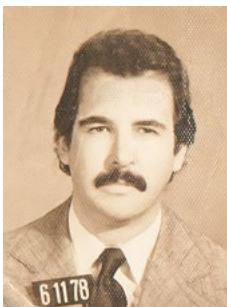
### **HÉRCULES JOSÉ DO VALE**

Ingressou no Judiciário rondoniense como Juiz de Direito na Comarca de Porto Velho. Em setembro de 1983 tomou posse como Desembargador. Aposentou-se em abril de 1992.



### **IVANIARA FEITOSA BORGES**

Ingressou no Judiciário rondoniense, em 1984, como Juíza de Direito na Comarca de Espigão D'Oeste. Em maio de 2001 tomou posse como Desembargadora. Foi a primeira mulher a alçar o cargo de juíza e desembargadora em Rondônia. Nos anos de 2006 e 2007 serviu como Corregedora-Geral da Justiça. Aposentou-se em julho de 2016.



### **JOÃO BAPTISTA VENDRAMINI FLEURY**

Ingressou no Judiciário rondoniense como Juiz de Direito da Fazenda Pública da Capital. Em setembro de 1991 tomou posse como Desembargador. Aposentou-se em agosto de 1992.



### **JOAO BATISTA DOS SANTOS**

Ingressou no Judiciário rondoniense como Juiz de Direito Vara de Família de Porto Velho. Em novembro de 1991, tomou posse como Desembargador. Aposenta-se em fevereiro de 1983.



### **JOÃO CARLOS DE CASTILHO**

Ingressou no Judiciário rondoniense como Juiz de Direito na Comarca de Presidente Médici. Aposentou-se em fevereiro de 1992. Vem a falecer em fevereiro de 2016.



### **JORGE GURGEL DO AMARAL NETO**

Ingressou no Judiciário rondoniense como Juiz de Direito na 2ª Vara Cível da Comarca de Pimenta Bueno. Em junho de 1985 é promovido para a 1ª Vara da Família da Comarca de Porto Velho. Aposentou-se em setembro de 1992. Veio a falecer em janeiro de 1995.



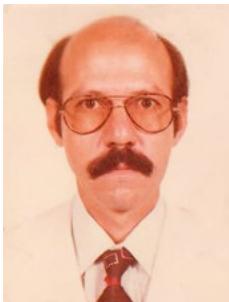
### **JOSE ANTONIO SCARPATTI**

Ingressou no Judiciário rondoniense como Juiz de Direito na Comarca de Ouro Preto D'Oeste. Em 1987 é promovido para a Comarca de Porto Velho. Aposenta-se em julho do mesmo ano.



### **JOSÉ MARCELINO DE PAULA**

Ingressou no Judiciário rondoniense como Juiz de Direito na Comarca de Colorado D'Oeste. Em 1986 é removido para a Vara Única da Comarca de Alta Floresta D'Oeste. Aposentou-se em novembro de 1987. Veio a falecer em janeiro de 2014.



### **JOSE PEDRO DO COUTO**

Ingressou no Judiciário rondoniense como Juiz de Direito na Comarca de Espigão do Oeste. Em 1986 é promovido para Porto Velho. Em dezembro de 2000 tomou posse como Desembargador. Faleceu em fevereiro de 2004.



### **LOURIVAL MENDES DOS SANTOS**

Ingressou no Judiciário rondoniense como Juiz de Direito na Comarca de Porto Velho. Em dezembro de 1987 tomou posse como Desembargador. Aposentou-se em abril de 1988. Veio a falecer em junho de 1998.



### **MARCO ANTONIO DE FARIA**

Ingressou no Judiciário rondoniense como Juiz de Direito de Espigão do Oeste. Em 1986 é promovido para Porto Velho. Aposentou-se em julho de 1993.



### **PAULO CARNEIRO**

Ingressou no Judiciário rondoniense como Juiz de Direito na Comarca de Ariquemes. Aposentou-se em maio de 1985. Veio a falecer em janeiro de 1997.



### **PAULO ROBERTO PEREIRA**

Ingressou no Judiciário rondoniense como Juiz de Direito na comarca de Costa Marques. Em 1986 é promovido para Porto Velho. Aposentou-se em junho de 1995. Vem a falecer em fevereiro de 2017.



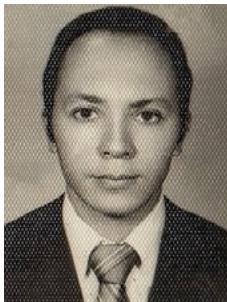
### **RENATO MARTINS MIMESSI**

Ingressou no Judiciário rondoniense como Juiz de Direito na Comarca de Cacoal. Em setembro de 1983 é promovido para a 3ª Vara Cível de Porto Velho. Em 1992 tomou posse como Desembargador. Foi vice-presidente do TJ no Biênio 1994/1996, presidente em 2000/2001 e diretor da Emeron nos Biênios 2002/2003 e 2004/2005. Atualmente ocupa o posto de Vice-Presidente no Biênio 2018/2019.



### **ROBERTO BRAZ IANNINI**

Ingressou no Judiciário rondoniense, em junho de 1983, como Juiz de Direito na Comarca de Ariquemes. Solicitou exoneração em dezembro do mesmo ano. Ingressou na magistratura do trabalho no Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. Faleceu em 2 de julho de 2018.



### **ROOSEVELT QUEIROZ COSTA**

Ingressou no Judiciário rondoniense como Juiz de Direito na Comarca de Jaru. Em 1986 é promovido para a Comarca de Porto Velho. Em dezembro de 2000 tomou posse como Desembargador. Foi Corregedor-Geral da Justiça no Biênio 2004/2005, Diretor da Emeron no biênio 2008/2009 e presidente do TJRO nos anos de 2014 e 2015. Continua na ativa, como membro da 2ª Câmara Especial.



### **SALATIEL SOARES DE SOUZA**

Ingressou no Judiciário rondoniense como Juiz de Direito na Comarca de Cacoal. Em 1986 é promovido para Porto Velho. Aposentou-se em dezembro de 1992.



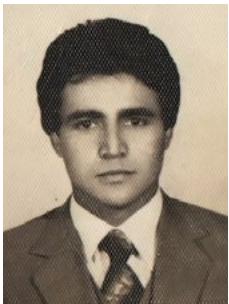
### **SEBASTIÃO TEIXEIRA CHAVES**

Ingressou no Judiciário rondoniense como Juiz de Direito da Vara Criminal de Guajará-Mirim. Em 1985 é promovido para o 1º Juizado da Infância e da Juventude de Porto Velho. Em 1994 tomou posse como Desembargador. Foi eleito ao cargo de Vice-Presidente do TJ para o biênio 1998/2000. Aposentou-se em março de 2008.



### **SULAIMAN MIGUEL NETO**

Ingressou no Judiciário rondoniense como Juiz de Direito da 1ª Vara Cível de Ji-Paraná. Em 1988 solicitou sua exoneração para assumir o cargo de juiz de direito no Tribunal de Justiça de São Paulo, em que atualmente ocupa o cargo de Juiz de Direito Substituto em Segundo Grau.



### **VALTER DE OLIVEIRA**

Ingressou no Judiciário rondoniense como Juiz de Direito na Comarca de Vilhena. Foi promovido para Porto Velho em 1985. Em março de 1994, tomou posse como desembargador. Foi vice-presidente do TJRO entre os anos de 1996/1998, Presidente no biênio 2004/2005 e diretor da Emeron no Biênio 2010/2011. Continua na ativa, como membro da 1ª Câmara Criminal.





### Ipê Amarelo

Avenida Gov. Jorge Teixeira, Porto Velho-RO  
Autor: Des. Marcos Alaor Diniz Grangeia

## ARTIGOS



**Sérgio William Domingues Teixeira**

Doutorando em Ciência Política pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS. Mestre em Direito pela Fundação Getúlio Vargas FGV - Direito Rio. Especialista em Direito Penal pela Universidade Federal de Minas Gerais. MBA em Poder Judiciário pela Fundação Getúlio Vargas - FGV. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Rondônia. Atualmente, exerce os cargos de Juiz de Direito, Titular da Vara de Execuções de Penas e Medidas Alternativas- Vepema da Comarca de Porto Velho. Professor da Escola da Magistratura do Estado de Rondônia- Emeron. Professor Adjunto do Curso de Direito da Universidade Federal de Rondônia- UNIR. Tem experiência na área de Direito Penal, Direito Penitenciário e Criminologia, com ênfase no estudo da violência, crime e castigo, atuando principalmente no campo da execução penal (CV- Lattes).

## A CRISE DO JUDICIÁRIO E O SEU FUNCIONAMENTO PÓS CNJ: FOI ABERTA A CAIXA PRETA?

Sérgio William Domingues Teixeira

### RESUMO

A crise do Judiciário brasileiro não é um fato novo, sendo identificada a partir da segunda metade do século XX, quando o Estado, ampliando os direitos sociais, não desenvolveu as políticas públicas que os tornassem efetivos, gerando, assim, enorme demanda que, não atendida, fez desaguar uma infinidade de novas ações nos tribunais do país. Sem as condições necessárias para seu regular funcionamento, o Judiciário não conseguiu dar respostas adequadas à sociedade em tempo razoável, o que o levou a ser duramente criticado por sua morosidade, além de outros problemas como a falta de transparência, o excesso de corporativismo e a dificuldade de acesso dos cidadãos aos tribunais. Com a crise, impôs-se a criação de um órgão de controle externo que tornasse o Judiciário mais eficiente, com a promessa de que se abriria a "Caixa Preta do Judiciário". Assim, criado pela EC nº 45/2004, que tratou da reforma do Judiciário, o Conselho Nacional de Justiça - CNJ, órgão de controle da magistratura nacional, surgiu com a finalidade de estabelecer um controle centralizado das atividades administrativas, financeiras e disciplinares exercidas pelos órgãos do Poder Judiciário, propondo a reestruturação deste poder, dando-lhe maior transparência. Passados mais de 10 anos de sua criação, este estudo aborda a necessidade de se avaliar o formato institucional do órgão de controle da magistratura, averiguando sua natureza, composição e atribuições, indagando, ao final, se realmente a "Caixa Preta do Judiciário" foi aberta e se as promessas de melhoria deste poder, de fato, foram alcançadas.

**Palavras-chave:** Judiciário. Crise. Caixa-Preta. Órgão de Controle Externo. CNJ.

## ABSTRACT

The Brazilian Judiciary crisis is not a new fact, being identified since the second half of XX century, when the State, increasing the social rights, did not develop public policies that became them effective, thus, generating a huge demand, that not answered, drained new actions in the country's courts. Without the necessary conditions for its regular functioning, the judiciary was unable to provide adequate responses to society in a reasonable time, thereafter, was strongly criticised for its slowness, and other types of troubles, such as lack of transparency, excessive corporativism and citizens' difficulties to access the court. As a result of the crisis, imposed the creation of a external control organization to become the Judiciary Power more efficient, with the promise that the "black box of the Judiciary" would be open. Thus, was created by Constitutional Amendment nº 45/2004, the "Conselho Nacional de Justiça (CNJ)". This organization is the national judiciary control agency, came up with the purpose of establishing a centralized control of administrative, financial and exercised disciplinary by the judiciary departments, proposing the restructuring of the power, giving the greater transparency. After ten years of its creation, this essay deals about the necessity of the assess the institutional format of the Judiciary's Control Agency, inquiring its nature, composition and powers, asking, at the end, if indeed the "Judiciary's black box" was opened and whether the promises of improvement of this Power, in fact, was achieved.

**Keywords: Judiciary. Crisis. Black Box. External Control Organization.CNJ.**

## 1. Introdução

O Poder Judiciário, no exercício de seu mister, não age isoladamente, dependendo diretamente da intervenção de diversos

outros atores e instituições para seu regular funcionamento<sup>1</sup>, forma, desse modo, um amplo sistema. Por esta razão, o sistema de justiça, sob os fundamentos de uma estrutura republicana e democrática, deve ser entendido como o conjunto de instituições estatais encarregadas de garantir os preceitos constitucionais, de aplicar a lei e de distribuir justiça.

Sem olvidar a importância dos demais agentes e órgãos envolvidos, o papel destinado ao Poder Judiciário, dentro deste sistema de justiça, é de elevado destaque, cabendo-lhe, como um dos poderes da República, a organização e controle social do Estado. Eis, então, o porquê da necessidade de se analisar com cautela o papel a ser desempenhado por eventual órgão de controle desse Poder.

Falou-se e ainda se fala sobre crise do Judiciário, todavia, o estudo desta matéria comporta abordagens diversas, sendo possível, por exemplo, inscrevê-la na crise do próprio modelo de Estado em que se insere, portanto, mais ampla, ou mesmo sob um enfoque específico, localizado no processo de produção jurisdicional do direito, que pode ser mais burocratizado e lento e, assim, de menor eficiência.

Importante também destacar que, em maior ou menor escala, confunde-se a ideia de justiça, obrigação de todas as instituições públicas ou privadas e de todo o segmento social, com a de justiça a ser provida pelo Poder Judiciário, como se fosse atribuição exclusiva deste poder sua promoção. Cria-se, assim, o mito de que a via judiciária será a solução de todos os problemas, o que, ao final, agrava ainda mais a propalada crise, uma vez que esse Poder não consegue dar as respostas necessárias à diversidade de demandas que lhe são entregues, em um tempo razoável, levando, inevitavelmente, a uma situação de descrédito e desconfiança.

Surge, então, a discussão sobre a necessidade de reforma do Poder Judiciário sob os mais diversos argumentos, sendo os principais o combate à morosidade e lentidão que o assola, os arcaísmos que o cercam, a falta de transparência, o que teria levado a sociedade a vê-lo como uma espécie de caixa preta, indecifrável e, ainda, o

1 Para regular funcionamento do Sistema de Justiça, exige-se a intervenção de outras instituições como o Ministério Público, Advocacia, Defensoria Pública, Polícia Civil, Estadual e Federal, Polícia Militar etc.

excessivo corporativismo de seus membros, em especial os de cúpula, destacando, também, a dificuldade de acesso à Justiça.

Contudo, como ressaltado por Maria Tereza Sadek<sup>2</sup>, entre os temas em discussão na reforma do Judiciário, poucos provocaram tanta paixão e celeuma quanto a criação de um órgão de controle externo desse poder.

Para muitos de seus defensores, a criação de um órgão judicial de controle externo serviria, de uma só vez, para aplacar os vários males que assolam o Poder Judiciário, combatendo, de plano, questões referentes à morosidade da justiça, comportamentos pouco idôneos de membros desse Poder, passando, ainda, por um uso mais racional de recursos e garantia da autonomia política da magistratura.

De outro lado, os contrários à criação de um órgão de controle externo, que engloba, ao menos inicialmente, grande parte da magistratura nacional, mostraram-se ferrenhos adversários, imputando como impróprio e até mesmo capaz de ferir um dos princípios basilares da democracia, a independência e autonomia dos poderes.

A despeito das críticas, e elas foram muito oportunas para definir, *prima facie*, o modelo de conselho judicial a ser adotado no Brasil, fortaleceram-se os argumentos a favor da criação de uma instituição para exercer o controle externo do Poder Judiciário, acentuando-se os limites de sua intervenção, o que, por outro lado, fez com que houvesse uma considerável diminuição no grau de resistência à criação de uma instituição com poderes de supervisionar a magistratura<sup>3</sup>.

Enfim, vistos como instituições típicas da reconstrução institucional da Europa do pós-guerra e que tinham como função, inicialmente, dar mais autonomia e independência ao Poder Judiciário, até então o de menor apelo social e sem forças para fazer frente aos poderes Legislativo e Executivo, os mecanismos de controle externo do judiciário ganharam força. Fortaleceram-se, ainda mais, quando, já nos anos 90, em face da intervenção do Banco Mundial, por intermédio do Relatório 319 S de 1996, que orientava a necessidade de um judiciário

2 SADEK, Maria Tereza. *Controle Externo do Poder Judiciário*. Em SADEK, Maria Tereza (org.). Reforma do Judiciário. São Paulo, Fundação Konrad Adenauer, 2001.

3 Idem. "...enquanto no início dos anos 90 temia-se que um organismo dessa natureza pudesse ferir de morte a independência entre os poderes e a autonomia do Judiciário, no final da década, os argumentos dominantes passaram a sublinhar o caráter democrático e republicano desta inovação. Da mesma forma, cresceram significativamente as manifestações de apoio ao CNJ, até mesmo no interior da magistratura."

"confiável", sem esclarecer muito bem o que seria isso, de viés liberal, recomendou-se a instalação de conselhos de controle externo da magistratura em toda a América Latina e Caribe. Finalmente, após forte pressão, deu-se, no Brasil, a criação do Conselho Nacional de Justiça, que veio com a promessa de promover novos horizontes para o duramente criticado judiciário brasileiro.

Instituído em obediência ao comando do art. 103-B da Constituição Federal de 1988, o CNJ é hoje um órgão do Poder Judiciário, com sede em Brasília/DF, atua em todo o território nacional e visa, mediante ações de planejamento, à coordenação, ao controle administrativo e ao aperfeiçoamento do serviço público na prestação da Justiça. É um órgão voltado à reformulação de quadros e meios no Judiciário, sobretudo no que diz respeito ao controle e à transparência administrativa.

Portanto, dada a relevância do tema, analisa-se, neste estudo, os fundamentos utilizados para a criação, no Brasil, de um órgão de controle judicial, externo ou interno, bem como a chamada crise do Poder Judiciário que, para muitos, justifica a existência do Conselho Nacional de Justiça. Em seguida, são identificados os modelos propostos de conselhos de justiça e o que acabou sendo adotado pelo Estado brasileiro, apontando, ao final, avanços ou retrocessos identificados no Judiciário brasileiro.

## 2. A Crise no Sistema de Justiça

Com a evolução da consagrada ideia montesquiana da tripartição do poder<sup>4</sup>, coube ao Poder Judiciário a função, hoje consagrada<sup>5</sup>,

4 Ainda no século XVIII, em pleno Iluminismo, Montesquieu, em "O Espírito das Leis", apresentou a teoria da separação dos poderes, de forma que o poder pudesse ser descentralizado das mãos de uma só pessoa para que não o usasse em proveito próprio, aprimorando os estudos até então desenvolvidos, dando ênfase à centralidade da lei e dos costumes como instituições fundamentais da dinâmica política.

5 O Poder Judiciário, na concepção montesquiana, seria um poder nulo, limitado a aplicar a lei aos casos concretos, sendo ele, então, uma simples ferramenta, qual seja, a de ser a boca que pronuncia a norma estabelecida pelo legislador, a "boca da lei". Mais adiante, já no Estado Liberal, a atuação dos magistrados era limitada ao princípio da legalidade, onde o Juiz, em uma concepção individualista, decidia a lide dentro dos limites preestabelecidos pelo Poder Legislativo, tendo como escopo legitimar a atuação do legislador, figura de destaque no cenário do século XIX, ressalvando que o campo ético e social, por não ser prioridade, era naturalmente desprezado.

de garantir os direitos individuais, coletivos e sociais, de solucionar conflitos entre cidadãos, entidades e entre esses e o Estado, além de contribuir para a transformação da realidade social, assegurando-lhe, para cumprir e fazer cumprir seu mister, autonomia administrativa e financeira garantida pela Constituição da República.

O Judiciário, dentre os poderes, é, evidentemente, o de menor capital político<sup>6</sup> e, por isso mesmo, pode sofrer, por um lado, as pressões do legislativo e do executivo, que acabam por interferir em sua atuação, podendo limitar o seu campo de poder. De outro lado, por ser o menos afeito aos humores da política, tende naturalmente a permanecer mais isolado<sup>7</sup>, o que de certa forma lhe é favorável, podendo, assim, evitar interferências nefastas em seu funcionamento.

De qualquer forma, a independência do Judiciário, um dos pilares da democracia, mostra-se de grande relevância, posto que lhe compete cumprir com zelo e rigor suas funções institucionais, notadamente a guarda, em última instância, da Constituição Federal, representando também garantia e reserva do cidadão contra os arbítrios do Estado. Sua independência e autonomia no campo jurídico, por isso mesmo, mostra-se de fundamental importância.

Assim, por conta de seu elevado compromisso com a democracia, concedeu-se aos juízes diversas garantias, como a vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de salários, corolários das prerrogativas de independência e imparcialidade inerentes ao cargo que ocupam, provendo-os de liberdade no agir e buscando aliviá-los de pressões internas ou externas.

Contudo, a despeito dos avanços já obtidos no campo teórico

6 O Poder Judiciário é o único dos poderes que não passa sob o crivo da escolha pelo voto e, então, por isso mesmo, para resguardar a sua legitimidade é imprescindível a observância de fundamentos básicos, como a transparência, publicidade e eficiência de seus atos, sujeitando-se, por óbvio, aos ditames constitucionais.

7 Paradoxalmente, é importante observar que, no momento atual, o discurso protagonizado pelos juízes, em suas diversas instâncias, tem contribuído para uma proeminência do Judiciário em relação ao Executivo e Legislativo, uma vez que com sua atuação interfere em quase todas as políticas públicas executadas, fenômeno hoje conhecido como "ativismo judicial". Este fenômeno é apontado por Luiz Werneck, em seu livro "Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil", como resultado da judicialização da política nacional, chegando o Judiciário, além da óbvia função jurisdicional, até mesmo a legislar sem ter sido escolhido para tanto, como em casos do Tribunal Superior Eleitoral em matérias como a determinação do número de vereadores e questões relativas à (in)fidelidade partidária.

e prático acerca da estrutura e funcionamento do Poder Judiciário, dando-lhe independência e autonomia, diversas questões não foram superadas, levando a uma variedade de problemas, dentre eles, a excessiva carga de processos, o distanciamento dos órgãos de cúpula dos anseios e angústias das partes litigantes, o apego a procedimentos burocratizantes, a demora na prestação jurisdicional e, ainda, a dificuldade de acesso à Justiça. Segundo Rocha<sup>8</sup>:

Ao mesmo tempo em que se distancia do povo, a magistratura, principalmente dos tribunais, 'aproxima-se' cada vez mais do círculo do poder político e econômico o que explicaria suas tendências conservadoras quando estão em jogo valores fundamentais do sistema e, inversamente, sua 'dificuldade' de efetivar as normas constitucionais e legais promotoras das mudanças sociais necessárias à melhoria das condições de vida da população, justamente por afetarem os interesses dominantes.

Nesse caminho, avolumaram-se os problemas e a credibilidade do Judiciário desandou, culminando no que se convencionou chamar de crise do Judiciário, pois, nos dizeres de Monnalise Gimenes (2007):

O Judiciário, assim como os demais poderes que compõem a estrutura estatal, sempre foi alvo de inúmeras críticas, que se tornaram muito mais intensas nos últimos anos, por parte de uma sociedade cada vez mais descrente na função jurisdicional do Estado, sendo notório que, há muito tempo, a população clama por justiça mais eficaz, tema constantemente debatido e estudado, o qual chegou a ser tratado por doutrinadores e estudiosos do direito como "crise do Judiciário".

A crise no Judiciário, contudo, não é recente. A bem da verdade, muito pelo contrário, pois já é identificada de longa data, notadamente a partir da segunda metade do século XX, quando o Estado, ampliando os direitos sociais, não desenvolveu políticas públicas que os efetassem, gerando, assim, significativo déficit de

<sup>8</sup> ROCHA, José Albuquerque. *Estudos sobre o Poder Judiciário*. São Paulo, Malheiros, 1995. pg.78.

efetividade dos direitos sociais e do cidadão. Além disso, condições de ordem econômica, agravadas com a crise do petróleo nos anos 70, a mudança de uma sociedade rural para urbana, incrementando os conflitos sociais que, invariavelmente, deságumam nesse poder, contribuíram para a formação desse quadro de crise que se tornou mais visível nos anos 90.

Evidentemente que o Poder Judiciário não é o único responsável pela distribuição de justiça no país, porém, sob um enfoque simplista, em períodos nos quais o *deficit* de direitos sociais é elevado, o encargo a ele imposto se torna inatingível, contribuindo, então, para uma crise de proporções significativas, não apenas no tocante à sua eficiência, mas de verdadeira crise de identidade em relação ao seu papel nesse cenário.

Pode-se, portanto, dizer que a crise do Poder Judiciário situa-se, em maior grau, na grande dificuldade de cumprir a sua missão de realizar justiça em um Estado com elevado *deficit* de direitos, tomando como base os princípios e valores constitucionais do Estado brasileiro, agravado, atualmente, pela elevada demanda de ações a ele dirigidas, culminando com a demora na prestação jurisdicional.

Sustentando a necessidade de mudanças e apontando novos caminhos para o Poder Judiciário, Maria Tereza Sadek<sup>9</sup> declara que “o Judiciário, com baixíssima realidade política, ganhou vitalidade na ordem democrática ou, ao menos, foram-lhe propiciadas condições de romper com o encapsulamento em que vinha vivendo desde suas origens.” Esse rompimento, abrindo o que se chamou de “Caixa Preta”, daria ao Poder Judiciário maior transparência e legitimidade, permitindo, então, avanços para superação da crise instalada.

Os ventos de mudança sopraram por toda a América Latina, por conta de pressões externas e internas, exigindo um judiciário mais ágil, eficiente e transparente. Com isso, construiu-se a ponte para um novo caminho, um caminho melhor, porém, ainda incerto.

<sup>9</sup> in SADEK, Maria Tereza Aina. Estudo sobre os sistemas de justiça. Em MICELI, Sérgio (org.). *O que ler na ciência social brasileira*. vol. 4, São Paulo, Sumaré/ANPOCS, 2002.

### 3. A Emenda Constitucional 45 e a Reforma do Judiciário

O Poder Judiciário, abalado por inúmeras críticas, destacadamente lastreadas na propalada morosidade de suas decisões, na alegada falta de transparência e, ainda, na apontada dificuldade de acesso do cidadão aos tribunais, além do também comentado corporativismo em excesso de seus membros, teve os seus alicerces estremecidos e, com isso, a ideia de sua reforma se mostrou algo inquestionável, a sua tábua da salvação. A “caixa preta” do judiciário precisava ser aberta e, para tanto, mudar era não só necessário como urgente. Pretendia-se, assim, um Poder Judiciário mais ágil, eficiente, fazendo surgir um novo modelo com horizonte muito mais promissor. Esse novo modelo, garantindo as prerrogativas funcionais da magistratura, mas, por outro lado, coibindo práticas perniciosas, buscaria assegurar aos juízes a liberdade necessária para que pudessem julgar com razão, consciência e os olhos voltados à realidade social, alheios a quaisquer pressões internas e externas<sup>10</sup>.

De fato, há muito se falava em crise do Judiciário e em necessidade de reforma<sup>11</sup>, contudo, somente em 26 de março de 1992, por meio de proposta apresentada na Câmara dos Deputados pelo Deputado Hélio Bicudo<sup>12</sup>, que efetivamente se deu início à Proposta de Emenda

---

10 UCHOA, Marcelo Ribeiro. *Conselho Nacional de Justiça: um modelo tão eficaz quanto original?* (Análise à luz da EC 45/04). Monografia apresentada no Curso de Mestrado em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza, 2005.

11 Segundo Fabiano Engelmann in Judiciário e a Sociedade: Reforma do Judiciário - Entre a força do direito e a força dos juristas. Jota Justiça. 20 de novembro de 2015. “As discussões em torno da “reforma do Judiciário” e a criação de um Conselho Nacional de Justiça começam, já em 1974, com os primeiros movimentos em torno da produção de um diagnóstico por parte do governo militar, sobre o funcionamento do Poder Judiciário.

12 Conforme SADEK, Maria Tereza. in SADEK, MT., org. *Reforma do judiciário* [online]. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2010, 164 p. ISBN: 978-85-7982-033-5. “Dizer hoje que a PEC 96/92, aprovada na Câmara dos Deputados em 2000, tem como autor original o então deputado federal Hélio Bicudo (PTSP) é mera formalidade. Uma análise da evolução da proposta apresentada por Bicudo em 1992, até a que se encontra tramitando hoje no Senado Federal, demonstra que muito pouco do projeto original remanesceu ao longo das sucessivas versões discutidas e votadas na Câmara dos Deputados. A rigor, o primeiro ponto de inflexão desse processo pode ser localizado na tentativa de revisão constitucional de 1993-94, quando o então deputado e relator Nelson Jobim (PMDB-RS) ampliou o debate sobre a crise do Judiciário, introduzindo uma série de novas propostas de reforma que não tinham sido anteriormente cogitadas. De fato, pode-se dizer que as versões posteriores da PEC 96/ 92 foram balizadas muito mais pelas linhas gerais adotadas no projeto de Nelson Jobim do que pelas da proposta original.”

à Constituição - PEC para reforma do Judiciário, recebendo o número 96/92. Após oito anos, tendo como última relatora a Deputada Zulaiê Cobra, a referida PEC, aprovada em dois turnos, foi encaminhada ao Senado Federal e passou a ter o número 29/2000, sendo designado como primeiro relator o Senador Bernardo Cabral. Naquele mesmo ano, contudo, a legislatura se encerrou sem a apreciação da matéria em segundo turno. Iniciada a nova legislatura, o expressivo número de emendas apresentadas e a grande renovação da Casa, mais de 50% de sua composição anterior, fizeram com que o então Presidente do Senado Federal, José Sarney, com o aval absoluto do Plenário, determinasse o retorno da matéria à Câmara de Constituição e Justiça - CCJ para um novo parecer, tendo sido designado, em 26 de junho de 2003, o Senador José Jorge como o novo relator, de forma que, após novas rodadas de discussão e aperfeiçoamento, em 17 de novembro de 2004, este projeto foi finalmente aprovado.

Enfim, após 13 anos de tramitação legislativa, por intermédio da Emenda Constitucional nº 45, nominada “Reforma do Judiciário”, promulgada no dia 08.12.2004, o Poder Constituinte derivado alterou e acresceu à Constituição de 1988 diversos dispositivos, assegurando a todos os cidadãos a razoável duração do processo, judicial ou administrativo, além de diversas outras medidas, todas com o escopo de agilizar e dar mais transparência ao Poder Judiciário. Todavia, a mais destacada e polêmica medida adotada foi a instituição do Conselho Nacional de Justiça - CNJ<sup>13</sup>, criando o chamado Controle Externo da Magistratura, cuja finalidade, em suma, seria a de estabelecer um controle centralizado das atividades administrativas, financeiras e disciplinares exercidas pelos órgãos do Poder Judiciário, propondo-se a reestruturação e abertura desse Poder<sup>14</sup>, bem como a unificação

---

13 Duas razões básicas sustentaram a criação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ): a primeira delas em razão do Judiciário brasileiro ser composto por diversos tribunais diferentes (estaduais, federais, comuns e especializados), cada um deles com autonomia administrativa e financeira, com poucos padrões comuns em nível nacional para seu funcionamento, gerando descontrole e ineficiência. O segundo aspecto veio da crítica ao chamado corporativismo da magistratura e da necessidade de haver algum controle social sobre o único dos três poderes que não se submete ao voto popular.

14 Em face de seu isolamento político, avesso a avaliações externas, pouco se conhecia a respeito do que ocorria no interior desse Poder, incluindo-se, em especial, como se dava o poder disciplinar em sua estrutura interna.

da magistratura nacional<sup>15</sup>, possibilitando novos horizontes para o Judiciário Brasileiro. De acordo com Deocleciano<sup>16</sup>:

Além da reverberação positiva da EC nº 45/04 na legislação processual, ainda em fase de reconstrução, afirmamos que o Conselho Nacional de Justiça, objeto de análise deste trabalho, foi o maior mérito do legislador, no sentido de empreender esforços de mudança para o Judiciário. Não seria preciosismo dizer que a criação de uma estrutura administrativa autônoma, dentro do Poder Judiciário, foi uma proposta arrojada e audaciosa, muito embora, já adotada em outros países e pouco simpática para alguns membros da própria magistratura.

De fato, inicialmente, houve forte rejeição de um órgão de controle externo pela magistratura nacional, preocupada com possíveis interferências em sua atividade jurisdicional ou mesmo com questões ligadas ao corporativismo da carreira. Porém, passada a crise inicial, pode-se destacar como principais novidades da reforma proposta a obrigação de assegurar a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (art. 5.º, LXXVIII, e art. 7.º da EC n. 45/2004). Buscou-se, também, alargar o acesso à justiça, com a previsão do real cumprimento do princípio de acesso à ordem jurídica justa, estabelecendo-se a Justiça Itinerante e a sua descentralização, como a autonomia funcional, administrativa e financeira da Defensoria Pública Estadual (artigos 107, §§ 2.º e 3.º; 115, §§ 1.º e 2.º; 125, §§ 6.º e 7.º; 134, § 2.º; 168, e art. 7.º da EC n. 45/2004). Orientou-se a criação de varas especializadas, notadamente para solução de questões agrárias e, nesta linha de especialização em prol da efetividade, sugeriu-se também varas especializadas para as áreas do consumidor, ambiental, etc. (art. 126, caput). Admitiu-se como certa a “constitucionalização” dos

15 Conforme Joaquim Falcão (2006, p. 119), in *O diagnóstico do Poder Judiciário, no Brasil, no tocante ao Poder Judiciário, em todos os seus níveis e instâncias, o que existia eram múltiplos poderes judiciários, se encarados do ponto de vista organizacional, econômico, sociológico ou político.*

16 DEOCLECIANO, Pedro Rafael Malveira. *O Governo do Poder Judiciário: Efetividade e Independência no Contexto da Atuação do Conselho Nacional de Justiça*. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Fortaleza - CE, agosto de 2010. pg.66.

tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, desde que aprovados pelo *quorum* qualificado das emendas constitucionais (art. 5.º, § 3.º), bem como a submissão do Brasil à jurisdição do Tribunal Penal Internacional (TPI), cuja criação manifestou adesão (art. 5.º, § 4.º). Federalizou-se o crime contra direitos humanos, por exemplo, tortura e homicídio praticados por grupos de extermínio, mediante incidente suscitado pelo Procurador-Geral da República- PGR no STJ, objetivando-se o deslocamento da competência para a Justiça Federal, de forma a adequar o funcionamento do Judiciário brasileiro ao sistema de proteção internacional dos direitos humanos (art. 109, V-A e § 5.º). Ficou estabelecida a criação do controle externo da Magistratura por meio do Conselho Nacional de Justiça, bem como a criação de ouvidorias para o recebimento de reclamações relacionadas ao Poder Judiciário (arts. 52, II; 92, I-A, e § 1.º; 102, I, "r"; 103-B, e art. 5.º da EC n. 45/2004). Várias mudanças relativas ao Estatuto da Magistratura foram apresentadas, todas no sentido de se dar maior produtividade e transparência à prestação jurisdicional, na busca da efetividade do processo, destacando-se: a) a previsão da exigência de três anos de atividade jurídica para o bacharel em Direito como requisito para o ingresso na carreira da Magistratura; b) aferição do merecimento para a promoção de magistrados conforme o desempenho, levando-se em conta critérios objetivos de produtividade; c) maior garantia ao magistrado para recusar a promoção por antiguidade somente pelo voto fundamentado de 2/3 de seus membros, conforme procedimento próprio e assegurada a ampla defesa; d) impossibilidade de promoção do magistrado que, injustificadamente, retiver autos em seu poder além do prazo legal, não podendo devolvê-los ao cartório sem o devido despacho ou decisão; e) previsão de cursos oficiais de preparação, aperfeiçoamento e promoção de magistrados, constituindo etapa obrigatória do processo de vitaliciamento; f) ato de remoção, disponibilidade e aposentadoria do magistrado, por interesse público, fundar-se-á em decisão por voto da maioria absoluta (e não mais 3/2) do respectivo tribunal ou do Conselho Nacional de Justiça, assegurada ampla defesa; g) previsão de serem as decisões administrativas dos tribunais tomadas em sessão pública; h) fim das férias coletivas do

Poder Judiciário, tornando a atividade jurisdicional ininterrupta; i) previsão de número de juízes compatíveis com a população; j) distribuição imediata de processos em todos os graus de jurisdição (art. 93).

#### 4. A criação de Conselhos de Justiça

Historicamente, pode-se dizer que o Conselho da Magistratura é uma instituição típica da reconstrução institucional da Europa do pós-guerra, lembrando que, desde Montesquieu, o Judiciário, nos países europeus, era apontado como um poder ambíguo e de somenos importância na estrutura de poderes do Estado. Certo, também, que a Revolução Francesa de 1789 concebeu a função de julgar como um simples serviço público, situação que perdurou por longo período, até a 2<sup>a</sup> Guerra Mundial.

Por conta disso, sob a denominação genérica de conselhos de justiça, criou-se, nas democracias contemporâneas, a partir da Segunda Grande Guerra<sup>17</sup>, um conjunto de instituições com estrutura e objetivos variados cujos denominadores comuns eram a administração do Poder Judiciário, garantia de sua independência e o exercício do controle externo sobre a atuação de seus membros.

Os ventos do constitucionalismo liberal do século XIX, por fim, sopravam firme, incorporando os princípios da separação de poderes e independência do Judiciário, porém com parte de sua autonomia ligada ao Poder Executivo, cujo traço de união se dava pelos Ministérios da Justiça. Em termos de liberdade e autonomia, porém, o Judiciário ainda estava muito longe das que se preconizam nos dias de hoje.

A Constituição americana de 1787, por sua vez, concebeu a efetivação de um Poder Judiciário com poder autônomo, cujo desenho institucional serviu de modelo para a maioria dos países sul-americanos.

Com isso, novas formas de regulação do judiciário foram apresentadas como necessidade para as novas democracias, de

17 Conforme Zaffaroni, in *Poder Judiciário: Crises e Desacertos*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1995. pg. 166. “foram os países derrotados que reconstruíram seus poderes judiciais sobre suas bases ou, pelo menos tentaram”, como a França, a Alemanha, e a Itália.

forma que as instituições de controle judiciário mostraram-se como elementos novos no constitucionalismo do Mundo Ocidental.

De acordo com Carvalho e Leitão<sup>18</sup> dois modelos paradigmáticos de órgãos de controle podem ser apontados: o francês, com forte influência do Poder Executivo, e o italiano, com maior autonomia do Poder Judiciário.

Curioso destacar que, na França, durante o regime imperial, o cargo de juiz era visto com desapreço, uma vez que era comprado, hereditário e havia muita corrupção, sendo os juízes criticados constantemente. Com a Revolução Francesa, foram extintos todos os cargos de juízes e determinada a realização de eleições. A iniciativa, contudo, não deu certo e, depois de 10 anos, foi extinta. Em 1799, criou-se a atividade judicial como função de Estado e Napoleão Bonaparte organizou a magistratura em carreira, hierarquizada, obediente à lei, todavia, era, e ainda é, o Executivo quem possuía o domínio da magistratura, nomeando oficiais, funcionários e juízes.

Atualmente, a Constituição francesa não considera o Judiciário um Poder de Estado, mas sim uma função judicial, atribuindo o controle de constitucionalidade, com exclusividade, ao Conselho Constitucional, criado em 1958.

Na Itália, embora diferente do modelo francês, os juízes também estavam vinculados à realeza e a sua autonomia era mínima, modificada a partir de regras surgidas em Nápoles que garantiam estabilidade aos juízes após 3 anos de exercício. Prosseguindo, a fim de reduzir a força do poder executivo, instituiu-se, por meio de um Decreto de 1865, uma Comissão de Justiça encarregada de assessorar o Poder Executivo na administração dos serviços judiciais, dando origem, mais tarde, por intermédio da Lei Orlando, ao Conselho da Magistratura, com atribuições de regular a transferência, seleção e promoção de juízes.

Destaca-se, portanto, que a criação de conselhos judiciais externos, originariamente, deu-se como forma de outorgar ao Judiciário, até então um órgão sem maiores expressões e sob o domínio do Poder Executivo, a autonomia necessária para o desempenho de sua

18 CARVALHO, Ernani & LEITÃO, Natália. *O Poder dos Juízes; Supremo Tribunal Federal e o desenho institucional do conselho nacional de justiça*. Revista de Sociologia e Política, V. 21, nº 45: 13-27, 2013.

função básica, a de julgar as lides que lhe são postas, buscando, ao mesmo tempo, afastar a indesejável interferência dos outros poderes (executivo e legislativo) em seu funcionamento.

Destarte, dar ao Poder Judiciário a sua independência e autonomia frente aos outros poderes, lembrando que, à época, de fato, o judiciário nem poder era, foi a razão essencial da criação dos conselhos judiciais.

Portanto, a toda evidência, conforme Sampaio (2007) a ideia da constituição de conselhos judiciais teve início na busca de independência do judiciário na França e na Itália e esse mesmo autor aponta que dois tipos de conselhos judiciais possuem, hoje, maior força: o latino-europeu, seguindo a orientação da França e da Itália, e o nórdico-europeu, com diretrizes diferenciadas e mais elásticas.

No modelo latino-europeu, o que mais nos importa, dada a sua proximidade com a nossa realidade, dominaram os laços do Judiciário com o executivo, cuidando-se mais das formas de ingresso na magistratura e das questões disciplinares. Outros países<sup>19</sup>, como Espanha, Portugal, Bélgica, Turquia, Rússia, Egito, Hungria e Ucrânia também seguem esse modelo.

O modelo nórdico-europeu caracteriza-se por uma relativa independência do conselho em relação ao Executivo e por assumir atribuições de autogoverno do Judiciário em sua plenitude<sup>20</sup>.

Na América Latina, vivenciou-se, nas décadas de 80 e 90, um processo de reforma de suas instituições judiciais com o suposto objetivo de fortalecer a administração da Justiça, ora sob a forma de democratização da prestação judiciária, mediante ampliação de vias de acesso e de simplificação dos procedimentos, ora sob inspiração moralizante ou econômica, por meio da criação de mecanismos de transparência e controle dos gastos dos tribunais<sup>21</sup>.

No Brasil, contudo, seguindo padrão diferente ao de outros países, como bem salienta Gilmar Mendes<sup>22</sup>, a instituição do Conselho Nacional de Justiça:

19 MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 20. São Paulo, Atlas, 2008.

20 SAMPAIO, José Adércio Leite. *O Conselho Nacional de Justiça e a Independência do Poder Judiciário*. Belo Horizonte, Del Rey, 2007. pg. 192.

21 idem, pg. 196.

22 MENDES, Gilmar Ferreira. *In As Contribuições do CNJ para o Judiciário brasileiro*. disponível em <<http://www.editorajc.com.br/2012/07/as-contribuicoes-do-cnj-para-o-judiciario-brasileiro/>>

“... não ocorreu para responder a anseios da magistratura por maior autonomia e independência, nem para impedir a ingerência de outros poderes no Judiciário, mas como forma de integração e coordenação dos diversos órgãos jurisdicionais nacionais, por meio de uma instituição central com atribuições de controle e fiscalização de caráter administrativo, financeiro e correicional.”

Desde 1968, já se pensava em um Conselho que regulasse a atuação dos magistrados brasileiros. Contudo, foi somente em 1975, a partir da Emenda Constitucional nº 7, que surgiu o Conselho Nacional da Magistratura, o qual tinha como principal função receber reclamações contra membros dos tribunais e magistrados, com o escopo de evitar atos de corrupção e de insubordinação administrativa em relação ao Supremo Tribunal Federal. O modelo foi duramente criticado por ser apontado como uma espécie de tribunal para julgar juízes. Abolido pela Constituição Federal de 1988, ressurgiu o tema de um órgão de controle em 1992, com a PEC 96/92.

A despeito das críticas que podem ser feitas quanto à criação de um órgão de controle externo do Poder Judiciário, que, conforme sua estrutura e funcionamento, pode influir diretamente na independência do Judiciário, algo tão caro em um regime verdadeiramente democrático, é importante a afirmação de Herkenhoff<sup>23</sup>, que diz:

Também é preciso combater a ideia de que o Poder Judiciário está acima de críticas e de inspeção. Todo Poder e toda autoridade pública deve estar submetida à crítica e fiscalização popular. A independência que o Poder Judiciário deve ter em face da intervenção indébita de outros poderes não pode erguê-lo à condição de um Poder que fique acima do povo.

De outro lado, vale destacar que, na década de 90, ápice do neoliberalismo no Brasil, ocasião em que grandes investidores pretendiam ingressar no mercado brasileiro, o Banco Mundial, uma instituição financeira internacional de cunho marcadamente capitalista, portanto, facilitadora da economia de mercado, vinculada às Nações Unidas, passou a propor novas políticas para o Poder

23 HERKENHOFF, João Batista. *Direito e Utopia*. São Paulo, Editora Acadêmica, 1990. pg. 36.

Judiciário na América Latina e Caribe<sup>24</sup>.

A partir do Relatório Técnico de nº 319 S de junho de 1996<sup>25</sup>, propondo Elementos de Reforma para o Poder Judiciário dos países da América Latina e do Caribe, somado aos Relatórios de nº 19 de 1997 intitulado “O Estado num Mundo em Transformação” e o de nº 24 de 2002 intitulado de “Instituições para o Mercado”, o Banco Mundial recomenda valores fundamentais a serem incutidos no Poder Judiciário. Apesar de não apresentar uma lista exaustiva, o Relatório Técnico 319 S discute os elementos que entende necessários para garantir uma reforma em direção a uma maior eficiência, segurança e confiabilidade nas decisões do Poder Judiciário, destacando a proposta de criação de mecanismos de controle externo da magistratura.

Felizmente os debates foram intensos e, conforme Engelmann<sup>26</sup>:

... a mobilização dos juristas brasileiros conseguiu bloquear parte significativa do modelo de reforma do sistema judicial legitimado no espaço internacional que apontava para um pacote de mudanças institucionais “adequado” ao modelo econômico neoliberal e que subordinava a prestação jurisdicional à lógica do bom ambiente de negócios.

Acrescenta, ainda, o referido autor que:

A proposta de Hélio Bicudo é representativa de um conjunto de posições que aponta na direção da ampliação do acesso à Justiça e à democratização do poder judiciário. O conteúdo político da proposta de reforma defendida por Bicudo se opõe a outro conjunto relacionado aos movimentos de adequação do sistema judicial às necessidades da organização do mercado econômico. Este segundo projeto põe em relevo a necessidade de dotar a atuação do Judiciário

24 No dizer de Engelmann, *In Judiciário e a Sociedade: Reforma do Judiciário - Entre a força do direito e a força dos juristas*. Jota Justiça. 20 de novembro de 2015, nessa seara “estão presentes teses do movimento americano Law & Economics que costuma indagar “o que é um bom sistema judicial”, do ponto de vista do mercado para o bom funcionamento da economia.”

25 Banco Mundial - Documento Técnico número 319 - *O Setor Judiciário na América Latina e no Caribe - Elementos para Reforma*. 1ª Ed. Junho de 1996.

26 *Judiciário e a Sociedade: Reforma do Judiciário - Entre a força do direito e a força dos juristas*. Jota Justiça. 20 de novembro de 2015.

de “calculabilidade e eficiência” adequando este poder de Estado à globalização.

## 5. Formato Institucional dos Conselhos

Como o discurso, às vezes belo, nem sempre tem o compromisso com a verdade ou com a realidade, mesmo entendendo como conveniente a existência de um órgão de controle judicial, é preciso discutir seu formato e os mecanismos de seu funcionamento, sob pena de se criar um órgão puramente censório e limitador das garantias do cidadão frente ao Estado. Portanto, sem essa cautela, poder-se-ia se estar contribuindo para a criação de um judiciário a serviço do mercado financeiro e do interesse de grupos dominantes, rompendo com a ideia de democracia republicana.

Por isso mesmo, conceber os conselhos de justiça como instituições de controle significa entendê-los também como órgãos de responsabilização<sup>27</sup>, ou seja, como agências estatais que têm o direito e o poder legal para realização de ações, que vão desde a supervisão de rotinas à imposição de sanções legais, tudo com o escopo de garantir o controle e a eficiência do Poder Judiciário.

Duas questões, de plano, se mostram essenciais para a organização de um conselho judicial: a autonomia e a capacidade de impor suas decisões. A autonomia implica considerações sobre a independência do órgão traduzida na definição constitucional de sua estrutura, das suas atribuições, da independência financeira e orçamentária, das garantias e imunidades legais para seus membros; liberdade para definir métodos e programas de trabalho, pessoal especializado e recrutado universalmente; acesso irrestrito a informações e elaboração de decisões e relatórios sem restrições. É ainda necessário discutir, dentro do formato institucional de cada instituição, sua verdadeira capacidade de decidir de forma isenta e sua capacidade de ser obedecida, entendida como capacidade de *enforcement*<sup>28</sup>.

27 *Accountability* é um termo inglês que pode ser traduzido como “responsabilidade com ética”, remetendo à obrigação de membros de um órgão administrativo ou representativo de prestar contas a instâncias controladoras ou a de seus representantes.

28 PESSANHA, Charles. *A experiência dos Conselhos da Magistratura Ibero-Americanos: Uma análise comparativa entre Portugal, Espanha, Argentina e Brasil.* p.15

Por isso mesmo, antes de mais nada, é preciso averiguar a natureza dos conselhos judiciais, de forma que se pode ter instituições administrativas, políticas, auditorias independentes, mistas ou constituídas pelo mais alto tribunal judiciário. A instituição pode ou não ter participação de membros do executivo, representado pelo Presidente da República, Primeiro Ministro ou Ministro da Justiça, do Presidente do Legislativo, ou ainda da Corte Suprema de Justiça. Neste último caso, o conselho pode ou não ter jurisdição sobre os magistrados da Suprema Corte ou atuar apenas sobre juízes de instâncias inferiores ou mesmo sobre ambas.

Um segundo aspecto seria a sua composição, de forma que o Conselho pode ser majoritariamente político, profissional, apenas com membros da magistratura, ou possuir uma composição mista, sendo certo que, somente em casos excepcionais, não se vê a participação de membros da instituição controlada.

O terceiro critério diz respeito às atribuições, existindo conselhos destinados exclusivamente ao controle das atividades administrativas ou, ainda, para atividades de controle e disciplina, bem como aqueles que formam a mais alta instância judicial, constituindo a cúpula do Poder Judiciário.

Importante observar que, a depender do modelo escolhido, poderemos ter uma maior ou menor influência da partidarização política dentro dos conselhos, via poderes Legislativo e Executivo, o que, ao final, não serviria para dar ao Judiciário a necessária independência e autonomia.

Pode-se citar o caso da Argentina, influenciada também pela onda que impôs a criação de conselhos externos na América Latina e Caribe, por intermédio do Banco Mundial. No país vizinho, o *Consejo de la Magistratura* foi instituído em 1994, dez anos antes da criação de seu equivalente no Brasil, tendo a seu cargo a seleção dos magistrados e a administração do Poder Judiciário.

De início, tendo como fundamento garantir a independência do Poder Judiciário, buscou o *Consejo de La Magistratura*, desde logo, assegurar que as nomeações de juízes ficassem afastadas do partidarismo político e do compadrio, da nomeação pela simples amizade, estabelecendo novos critérios baseados em mérito e

idoneidade. Além disso, propôs que as promoções e remoções dos juízes deveria se dar de forma mais célere e objetiva, por intermédio do Jurado de *Enjuiciamiento*, que passou a avaliar o desempenho da atividade profissional dos integrantes do Poder Judiciário. Em tese, foram só melhorias.

A norma constitucional que instituiu o *Consejo de La Magistratura*, no entanto, não fixou a composição do órgão, deixando tal atribuição aos cuidados do Poder Legislativo e, com isso, manobras políticas modificaram a sua estrutura original e forma de funcionamento, excluindo o Presidente da *Suprema Corte de Justicia de La Nacion* da presidência do *Consejo de La Magistratura* e do Jurado de *Enjuiciamiento*, aumentando significativamente a influência política sobre a atuação do órgão, o que deu origem a inúmeras críticas, sendo a principal delas a frustração na despolitização na nomeação de juízes, o que limitou, significativamente, a autonomia do Poder Judicial na Argentina.

No Brasil, vale lembrar que a atuação do Conselho Nacional de Justiça, por força do Supremo Tribunal Federal, foi limitada à função de gerência administrativa do Poder Judiciário e de controle correccional de seus membros. Ressalte-se, ainda, que inicialmente não houve indicação se o CNJ seria ou não um órgão de cúpula, submetendo todas as instâncias ao seu controle. Mais adiante, porém, ficou estabelecido que o CNJ é órgão interno do poder Judiciário, submetido ao controle do STF, posição que se mostrou adequada, em especial quando a Suprema Corte teve que intervir para limitar a atuação do conselho em questões de caráter jurisdicional<sup>29</sup>.

## 6. O Conselho Nacional de Justiça

Criado pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004, o Conselho Nacional de Justiça - CNJ, também nominado como controle externo

<sup>29</sup> O CNJ, em procedimento censurável, chegou a suspender decisão judicial de órgão do próprio Poder Judiciário, atuando, equivocadamente, como uma espécie de revisor, o que obrigou a intervenção direta do STF que, por sua vez, limitou o campo de atuação do conselho à esfera administrativa.

da magistratura<sup>30</sup>, foi instalado no Brasil em junho de 2005 e, desde então, encarrega-se de realizar a supervisão da atuação administrativa, financeira e correicional do Poder Judiciário<sup>31</sup>.

Com o CNJ, passou-se a estabelecer alguns padrões e diretrizes nacionais para o funcionamento dos tribunais, especialmente no tocante à administração de recursos humanos e financeiros, à informatização e à gestão de informações, unificando, no que é possível, esses tribunais. Além disso, contra o citado corporativismo dos membros do Judiciário, a EC nº 45/2004, reforçada pelo julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalide (ADI - 4638), deu ao CNJ o poder de correição e de controle disciplinar, permitindo-lhe investigar, corrigir e punir irregularidades e desvios de conduta praticados por membros do Judiciário, contribuindo, assim, para maior transparência desse poder.

Portanto, hoje considerado órgão integrante do Poder Judiciário, por força do art. 92, I-A, da CF/88, o Conselho Nacional de Justiça é formado, com lastro no art. 103-B da CF/88, por 15 membros: nove magistrados (um Ministro do STF, o seu Presidente, que também atuará como Presidente do Conselho; um Ministro do STJ, que será o Corregedor do órgão; um ministro do Tribunal Superior do Trabalho; um Desembargador de Tribunal de Justiça; um Juiz de Tribunal Regional Federal; um Juiz de Tribunal Regional do Trabalho; um Juiz estadual; um Juiz federal e um Juiz do trabalho); dois membros do Ministério Público, um oriundo do Ministério Público da União e outro do Ministério Público estadual; dois advogados; dois cidadãos, de

---

30 Conforme UCHÔA, Marcelo Ribeiro. *Conselho Nacional de Justiça: um modelo tão eficaz quanto original? (Análise à luz da EC 45/04)*, "De pronto se conclui que o Conselho Nacional de Justiça não é órgão externo ao Judiciário. Ele é híbrido. Possui membros de fora da estrutura judiciária, mas a grande maioria (nove) é interna. Além disso, dos seis considerados de fora, quatro não são estranhos à justiça: os dois do Ministério Público e os dois da Advocacia, conquanto a Constituição Federal considere o Ministério Público instituição essencial à função jurisdicional do Estado (art. 127) e o advogado indispensável à administração da justiça (art. 133, CF/88)". pg. 24.

31 O Ministro César Peluso, relator da ADI 3.367, afirmou que "sem profanar os limites constitucionais da Independência do judiciário, agiu dentro de sua competência reformadora o poder constituinte derivado, ao outorgar ao Conselho Nacional de Justiça o proeminente papel de fiscal das atividades administrativa e financeira daquele Poder. A bem da verdade, mais que encargo de controle, o Conselho recebeu aí uma alta função política de aprimoramento do autogoverno do Judiciário, cujas estruturas burocráticas dispersas inviabilizam o esboço de uma estratégia político-institucional de âmbito nacional."

notável saber jurídico e reputação ilibada, todos com mandato de 2 anos, admitida apenas uma recondução.

Salvo o Presidente do Supremo Tribunal Federal, que é também o Presidente do Conselho Nacional de Justiça<sup>32</sup>, todos os demais integrantes permanecem sob a dependência da nomeação do Presidente da República e da aprovação da maioria absoluta do Senado Federal, nos termos do art. 103-B, § 2º da CF/88.

Questionada acerca da constitucionalidade do Conselho Nacional de Justiça, sob o argumento de que violava o princípio da separação dos poderes e impunha lesão ao princípio federativo<sup>33</sup>, a questão chegou ao Supremo Tribunal Federal que, ao final, a despeito das críticas, julgando a ADI - 3367, reconheceu o CNJ como órgão interno do Judiciário e, portanto, ausente ofensa à cláusula pétreia da separação dos poderes, declarando a constitucionalidade da EC nº 45/2004 que o instituiu como órgão administrativo do Poder Judiciário, ressaltando, ainda, e este é um ponto destacado e relevante para o modelo brasileiro, que o Conselho é órgão hierarquicamente abaixo do STF<sup>34</sup>.

Portanto, embora seja destacada a função de controle e fiscalização da atividade administrativa e funcional dos membros do Poder Judiciário pelo CNJ, ressalta-se que ela deve se limitar ao controle administrativo e ao cumprimento dos deveres funcionais de seus integrantes, evitando-se toda e qualquer forma de ingerência na atuação jurisdicional, de forma a garantir a plena atuação do magistrado em sua atividade fim, a de julgar, longe de qualquer forma

---

32 Com a alteração firmada pela EC nº 61/2009, o Presidente da Suprema Corte passou a ser também membro nato e Presidente do Conselho Nacional de Justiça, sendo, por isso mesmo, dispensado de ser sabatinado pelo Senado Federal.

33 UCHÔA, Marcelo Ribeiro in *Conselho Nacional de Justiça: um modelo tão eficaz quanto original? (Análise à luz da EC 45/04)*, p. 25, referindo-se aos movimentos corporativos do próprio Judiciário, afirma que: "há também em tais segmentos aqueles que defendem que a criação do Conselho Nacional de Justiça carrega inconstitucionalidade por impor aos judiciários estaduais subordinação hierárquica administrativa, disciplinar e financeira a órgão da União Federal, o que, a princípio, violaria pacto federativo. A tese embora criativa, não procede porque o legislador derivado, a bem da representação que exerce da soberania popular, pode, havendo interesse social (e inegavelmente houve no caso presente), incluir no âmbito do Poder Judiciário um órgão para controlar a administração de todo sistema. Além disso, de nada podem reclamar os tribunais estaduais por quanto também foram contemplados na composição do Conselho..."

34 O Supremo Tribunal Federal aproveitou a ocasião para reafirmar sua força como órgão máximo do Judiciário ao qual também o Conselho Nacional de Justiça está sujeito.

de pressão ou interferência, sob pena de se afrontar cláusula pétreia representada pela independência dos membros do Poder Judiciário.

## 7. Questionamentos Acerca do CNJ

Funcionando desde 2005, contando mais de 10 anos de atuação de um órgão de controle do Poder Judiciário brasileiro e, com isso, diversos questionamentos foram levantados, sendo certo que, confirmada a constitucionalidade do órgão e mantido intocado o seu poder disciplinar, o CNJ ganhou força como mecanismo de controle e coordenação desse Poder.

Para muitos, o CNJ, embora questionado no início, é visto hoje como referência para a Justiça<sup>35</sup>, identificando-se que, nesse período de mais de 10 anos, avanços foram conquistados, em especial no tocante a aspectos relacionados à gestão e à padronização de metas a serem cumpridas pelos diversos tribunais do país, podendo-se dizer que o Judiciário passou a ser, de fato, um poder nacional, onde cada um dos órgãos, independentemente de sua competência, compõe uma engrenagem maior.

No mais, algumas mudanças foram muito bem recebidas. Aspectos como o processo eletrônico e a virtualização judicial, aponta o próprio CNJ, vêm contribuindo para tornar o judiciário mais ágil. Além disso, a proibição do nepotismo, bem como a publicação de relatórios anuais sobre a produção, gastos, recursos humanos, litigiosidade e produtividade de cada um dos 91 tribunais do país, garantem, por sua vez, maior transparência ao Poder Judiciário.

Importante também observar que com a criação do CNJ, à exceção do STF, todos os demais tribunais do país sujeitaram-se ao seu controle administrativo e correicional, destacando que, anteriormente, somente o judiciário de primeiro grau era efetivamente fiscalizado. Tribunais estaduais, federais e os tribunais superiores não se submetiam ao controle das respectivas corregedorias. Hoje, no entanto, há, de fato,

35 O próprio Presidente da Associação de Magistrados Brasileiros (AMB), João Ricardo dos Santos Costa, manifestou-se, em artigos e entrevistas, no sentido de que o CNJ melhorou o Judiciário Brasileiro.

um maior controle dos demais órgãos do Judiciário, avaliando-se a produção, modo de gestão, programas e atividades correacionais dos diversos tribunais do país.

Segundo Rubens Curado, ex-conselheiro do CNJ, desde a gestão da Ministra Ellen Gracie, o processo eletrônico tornou-se uma bandeira do órgão para acabar com a cultura cartorária existente, assentando que “há muita tramitação burocrática, como se esse excesso de procedimento fosse mais importante do que o resultado final do processo.”

Apesar do discurso de membros do CNJ ser, em alguns casos, mais virtuoso que a prática, ainda assim, avança-se em transparência e credibilidade com a existência deste órgão, porém, a despeito disso, há cuidados a serem tomados e muitos problemas a serem resolvidos.

O primeiro deles diz respeito a não interferência do Conselho Nacional de Justiça no tocante à função típica do Judiciário, a de julgar, ou seja, a de não interferir, sob qualquer fundamento, em sua função jurisdicional. É que, extrapolando os limites de sua atuação, o CNJ, equivocadamente, já suspendeu decisão judicial do próprio Poder Judiciário quando em sua função típica, atuando de forma inaceitável como uma espécie de órgão judicial revisor.

Neste sentido, casos emblemáticos foram os julgamentos dos Mandados de Segurança 28.598 e 28.611 pelo Supremo Tribunal Federal, em 2010, tendo como relator o Ministro Celso de Mello, que suspendeu decisão do então Corregedor do CNJ, Gilson Dipp<sup>36</sup>, que, por sua vez, teria, no âmbito do CNJ, tornado sem efeito acórdãos do Tribunal de Justiça do Maranhão (TJMA). A decisão da Suprema Corte nos dois MS's, tomada à unanimidade, reafirmou que o CNJ não possui atribuição jurisdicional, não podendo interferir na função típica do Judiciário, possuindo apenas função administrativa, de controle interno e organizacional.

Outra crítica diz que, além de usurpar função jurisdicional, houve

<sup>36</sup> A Defesa de Maria do Socorro no MS 28.611, em tese acolhida pelo STF, ao questionar ato do Corregedor Nacional de Justiça, afirmou que: “Em nenhuma de suas atribuições e competências constitucionais, encontramos que este órgão (CNJ) poderá investir-se de função jurisdicional para tornar ineficaz uma decisão judicial de um Tribunal de Justiça, pois, se acertada ou não tal decisão, somente poderá ser reformada por um tribunal superior, obedecendo, ainda, o duplo grau de jurisdição.”

também, por parte do CNJ, a usurpação de função legislativa. É que, a partir de 2005, este órgão passou a editar diversas resoluções sobre os mais diversos temas<sup>37</sup>, sob o fundamento de organizar ou reorganizar o Poder Judiciário. Embora algumas resoluções tenham se mostrado de grande relevância, como a que tratou do nepotismo no Judiciário<sup>38</sup>, dando maior respeitabilidade a esse Poder, aponta-se que as Resoluções 115/2010 e 123/2010, referentes aos precatórios e a Resolução 80/2009, referente aos Cartórios de Registros Públicos, não se limitaram a regulamentar metas a serem cumpridas pelo Judiciário, mas, efetivamente, segundo a crítica, legislaram sobre tais assuntos<sup>39</sup>.

Ainda outro ponto que se questiona diz respeito aos diversos programas e ações desenvolvidos e executados pelo CNJ, muitos de reconhecida relevância, porém, como declara Joaquim Falcão<sup>40</sup>, Diretor da FGV Direito Rio e ex-Conselheiro do CNJ, a execução de projetos não deveria ser uma função desse órgão, declarando que o CNJ “não é um órgão de caráter executivo ou gerencial. Sua competência é para criar regras e fiscalizar se os tribunais as estão cumprindo.”

Vê-se, então, que apesar de ter competência definida constitucionalmente, o CNJ tem estendido sua ação por diversas áreas, desenvolvendo programas relacionados a Assuntos Fundiários, Trabalho Escravo e Tráfico de Pessoas; Audiência de Custódia; Cadastro Nacional de Adoção; Cidadania nos Presídios; Combate à Corrupção; Começar de Novo; Conciliação e Mediação; Cooperação Judiciária; Doar é Legal; Fórum de Saúde; Gestão Documental e Socioambiental; Governança Diferenciada das Execuções Fiscais; Inspeções e Audiência Públicas; Justiça Aberta; Justiça em Números; Justiça Plena; Numeração Única; Pai Presente; Portalzinho CNJ; Precatórios; Priorização do 1º Grau de Jurisdição; Projeto de Diagnóstico de Fortalecimento da Justiça Estadual; Redescobrindo os Juizados Especiais; Segurança

37 Até o presente momento foram editadas 216 Resoluções, a primeira delas ainda em 2005 e a última em 02/02/2016, dispondo sobre a eficácia e alcance das Resoluções e determinações expedidas pelo Conselho Nacional de Justiça e trata da competência da Corregedoria Nacional de Justiça no tocante à Justiça Eleitoral.

38 Resolução nº 07, de 18 de março de 2005.

39 Nenhum dos conselheiros foi escolhido pelo povo para legislar e, portanto, não podem agir dessa forma.

40 Disponível em <http://www.valor.com.br/legislacao/3828216/ponto-de-resistencia-da-reforma-cnj-hoje-referencia-para-justica#ixzz3MFnkP1Rx>

Pública; Sistemas; Tabelas Processuais Unificadas; Viagem ao Exterior. Nesse sentido, de acordo com Neiva<sup>41</sup>:

Sem adentrar à necessidade ou mérito dos programas, a preocupação, por fim, é no sentido de que o Conselho Nacional de Justiça está se ocupando de tarefas que não lhe compete constitucionalmente e, por conta disso, criando uma estrutura que necessariamente vai se tornar maior que o criador. Neste caminhar, penso eu, não vai demorar e o Conselho Nacional de Justiça terá estrutura de um Ministério da República e necessitará, sem dúvidas, de um controle externo ou de uma corregedoria, ou seja, vamos precisar de outro tipo de conselho para controlar o conselho recomendado pelo Banco Mundial.

Teremos, então, que ter um órgão de controle do órgão controlador? Afinal, quem iria controlar esse outro órgão controlador?

Pois bem, não se nega a possibilidade de diversificar programas e ações, desde que não sejam olvidadas as verdadeiras funções do CNJ, imputando-lhe como atribuição básica o cumprimento de seu papel constitucional, ou seja, zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do art. 37 da CF/88, no âmbito desse Poder, atentando-se para os princípios básicos da administração pública - legalidade, imparcialidade, moralidade, publicidade e eficiência. Além disso, deverá ainda conhecer das reclamações contra membros do Poder Judiciário e, em especial, refletir democraticamente sobre os problemas que ainda o assolam, propondo soluções para o seu enfrentamento, buscando, com isso, o fortalecimento de um Judiciário autônomo, probó, democrático, transparente e eficiente.

Destaque-se que as justificativas para criação de um conselho externo da magistratura eram, de início, além da apontada falta de transparência do Judiciário e a falta de acesso à Justiça, a necessidade de se combater a morosidade de suas decisões, esta última, certamente, a falha que veio a ser a maior fonte de críticas e fundamento para a criação do novo órgão de controle.

Dizia-se que com a criação de um conselho externo, a "Caixa preta"

<sup>41</sup> Disponível em <http://www.gerivaldoneiva.com/2011/08/origem-e-descaminhos-do-conselho.html>.

seria aberta e teríamos, então, um novo Poder Judiciário, muito mais eficiente.

Não é bem o que se viu.

Tivemos avanços, sem dúvidas, contudo, foi preciso que os poderes do Conselho Nacional de Justiça fossem limitados pela Suprema Corte para que a independência e a garantia do exercício da jurisdição fossem assegurados aos magistrados de carreira. Coube, realmente, ao Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do sistema judicial, assentar que não seria admissível, em qualquer caso, a interferência do órgão em decisões de caráter jurisdicional, função típica dos juízes do Poder Judiciário, cabendo-lhe, tão somente, a intervenção em questões administrativas, disciplinares e de planejamento.

Além disso, sofre-se ainda com o agigantamento do Judiciário, com 91 tribunais, 15 mil varas, 20 mil juízes concursados e cerca de 100 milhões de processos em trâmite. Não bastasse isso, as esferas da Justiça, hoje divididas por área e competência (Estadual, Federal, Trabalhista, Eleitoral e Militar), tornam ainda mais complexos o andamento e o controle processual, bem como o funcionamento regular do próprio Poder Judiciário, exigindo, portanto, uma nova realidade.

Renato Nalini<sup>42</sup>, Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo, por exemplo, afirma que poderíamos ter uma só Justiça com algumas especializações, pois isto dividiria melhor o investimento. Sugere, ainda, que se tenha apenas duas instâncias e não quatro, como o que se tem hoje<sup>43</sup>, de forma a garantir o princípio constitucional do duplo grau de jurisdição e o da garantia da duração razoável do processo. Mudanças como essas, podem e devem ser objeto de discussão e análise pelos membros do CNJ.

No mais, aponta-se que, ainda hoje, há problemas de acesso à Justiça, pois, de acordo com dados do próprio CNJ, apesar do gigantesco número de processos existentes e em tramitação nos diversos tribunais do país, 51% deles vinculam-se ao setor público,

42 In Reforma do Judiciário não evitou excesso de processos e morosidade. Disponível em <http://www.valor.com.br/legislacao/3824206/reforma-do-judiciario-nao-evitou-excesso-de-processos-e-morosidade#ixzz3M3nhUmBT>

43 Primeiro grau, Tribunais, Tribunais Superiores, Supremo Tribunal Federal.

nas três esferas de poder, outros 38% tem como parte o sistema financeiro, 6% ligam-se às empresas de telefonia e apenas 5% desse total é que se reserva aos cidadãos<sup>44</sup>.

É preciso racionalizar o acesso à Justiça, sobretudo pelos órgãos da Administração Pública, a fim de que o Judiciário não entre em colapso e, em especial, tenha condições de dar ao cidadão a garantia de acesso pleno, com a estrutura e os instrumentos necessários a uma decisão justa, equitativa e célere.

No tocante à morosidade, a despeito do Processo Judicial Eletrônico e da preocupação com a gestão de cartórios, medidas importantes, é claro, não se vê avanço significativo. Aponta-se que, em 2014, a principal causa de reclamação junto a Ouvidoria do CNJ foi a de morosidade nas decisões judiciais. Todavia, em relação ao problema da morosidade, das causas da lentidão na obtenção de decisões judiciais, não há um consenso. Sadeck<sup>45</sup> assinala como causas para a lentidão, dentre outras: a legislação, o número de recursos, o formalismo, o tratamento dado às demandas individuais repetitivas, o número de juízes, a infraestrutura, o gerenciamento, o orçamento, a mentalidade de magistrados e dos demais operadores do direito.

Evidentemente que, com processos que duram em média mais de 10 anos, o que é um absurdo, partindo da premissa de que justiça tardia será sempre justiça falha<sup>46</sup>, o verdadeiro fundamento da morosidade encontra-se na estrutura do próprio Poder Judiciário e na legislação processual que o ampara. Vale lembrar que a prosperar a situação atual, continuaremos a ter quatro graus de jurisdição (primeiro grau, tribunal local, tribunais superiores e Supremo Tribunal Federal), podendo um processo ter que passar por todas elas para que se obtenha a decisão final, passível de ser executada. Isto equivale a eternizar o processo e, em contrapartida, desmoralizar o próprio judiciário que, com todo o esforço possível, não terá condições de impor uma decisão final em prazo minimamente razoável. Significa,

44 Justiça em Números, Relatório do CNJ, referente ao ano de 2012.

45 SADECK, Maria Tereza Aina. *In Acesso à Justiça: Um Direito e Seus Obstáculos*. Revista USP. São Paulo. Nº 101. Pg.55-66. Março/Abril/Maio 2014.

46 Rui Barbosa, em 1920, em sua Oração aos Moços, assentou que: "...Justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta..."

portanto, postergar uma decisão necessária, contribuindo para o desgaste do Judiciário como instituição.

A própria Maria Tereza Aina Sadeck, comentando sobre as críticas à morosidade do Judiciário, afirma:

Os defensores de alterações na legislação relativa ao número de recursos apontam que, na situação atual, um processo comum pode ser apreciado em quatro graus de jurisdição até que se obtenha a decisão final, passível de ser executada. Dessa forma, sustentam, os processos podem ser eternizados. O diagnóstico e a proposta de redução nas possibilidades de recurso se apoiam em dados comparativos internacionais, evidenciando que o Brasil é o único país do mundo democrático em que um processo pode percorrer tão longo trajeto. Entre as 56 Supremas Cortes representadas na Comissão de Veneza, apenas no Brasil um processo individual tem tão ampla possibilidade... Além das questões relativas aos graus de recurso, é salientado que o modelo em vigor acaba por diminuir o papel e a responsabilidade dos juízes que atuam no primeiro grau e mesmo dos desembargadores, convertendo esses graus de jurisdição em mero rito de passagem.

De fato, com quatro instâncias de poder e infindáveis recursos, que muito mais servem para protelar uma decisão final e, muitas vezes, levá-la à prescrição<sup>47</sup>, não há como se falar em fim da morosidade do judiciário.

Registre-se, ainda, que o que se exige no plano internacional e que também é encampado pela Constituição Federal como direito e garantia individual, é o reconhecimento ao duplo grau de jurisdição, ou seja, o direito de ter a decisão judicial desfavorável revista por um órgão jurisdicional de grau superior, supostamente mais experiente. Nada mais do que isso.

César Peluso, ex-ministro da Suprema Corte, preocupado com a garantia de acesso à Justiça, ou seja, com a democratização do Poder Judiciário, bem como com a simplificação do trâmite dos processos, entendendo que o Judiciário, ao final, trabalha muito, mas para poucos,

47 Vale lembrar que prescrição, principalmente em matéria penal, significa também impunidade que, por sua vez, leva ao descrédito da justiça e do próprio Poder Judiciário.

concluiu que a solução para o flagelo da morosidade da justiça passa por providencias que reduzam as possibilidades de recursos. Vale salientar que, à época em que presidiu o CNJ, chegou a afirmar que se deveria atacar frontalmente a chamada “indústria de recursos”, em que manobras protelatórias podem retardar o andamento dos processos e impedir a execução de sentenças judiciais. Sua proposta estabelecia o final do processo após o esgotamento do duplo grau de jurisdição, de forma que, recursos às cortes superiores, embora possíveis, não impediriam a execução imediata das decisões emanadas dos juízes ou dos tribunais estaduais e regionais.

Importante registrar que o flagelo da morosidade finda por minar a credibilidade da justiça e, por conseguinte, a confiança no Poder Judiciário, corroendo a crença do cidadão na prevalência da lei e na instituição encarregada de aplicá-la, além de provocar impactos que extrapolam o âmbito individual, atingindo a sociedade como um todo.

Certamente, com uma legislação processual mais equilibrada, mesmo com menor número de recursos, garantindo-se, no entanto, o contraditório, a ampla defesa e o duplo grau de jurisdição a todos os litigantes perante o judiciário, problema como o da morosidade das decisões poderá ser equacionado de forma muito mais eficiente.

Quanto ao acesso à Justiça, não se pode admitir a possibilidade de alguns poucos demandarem excessivamente, sugando toda a força de trabalho do Poder Judiciário, enquanto a maioria não consegue sequer acessá-lo ou obter a solução de seus conflitos, seja por problemas de ordem econômica, social ou por algum outro motivo.

Infelizmente, apesar das mudanças já propostas pelo CNJ, ainda não se conseguiu blindar o sistema judicial brasileiro do seu uso predatório. Um exemplo, neste caso, pode ser dado através dos Juizados Especiais Cíveis<sup>48</sup>, que, criados com a finalidade de atender demandas simplificadas, cotidianas, de baixo valor econômico e, em regra, de impacto restrito às partes litigantes, solucionadas preferencialmente pela conciliação e propostas exclusivamente por pessoas físicas, se vê hoje envolvido em demandas de massa, como

---

48 Instituído como uma espécie de Justiça informal, simples, rápida e barata, teve como escopo principal facilitar o acesso à Justiça.

nos casos de telefonia<sup>49</sup>, promovendo em um excessivo número de processos respostas inadequadas para um problema de ordem coletiva, pois, conforme Richard L. Abel *apud* por FERRAZ<sup>50</sup>, ao resolver as demandas de forma individual, desorganiza os conflitos e, portanto, evita a sua agregação, o que frustra a tentativa de responsabilização coletiva e, sobretudo, a reparação de todos os indivíduos lesados pelo setor telefônico.

O setor público é o responsável por cerca de 51% das demandas judiciais em tramitação no país e o INSS, da mesma forma, é o protagonista em cerca de 22,3 % dos processos, sendo um dos maiores litigantes do país. Pode-se, então, dizer que o Poder Judiciário, em seu modelo atual, atrai mais um certo tipo de litigante e, ao invés, se fecha ou desencoraja o acesso da grande massa de indivíduos incapazes de manejar adequadamente os instrumentos legais para a efetivação de seus direitos. Com isso, ganham as corporações, o governo, frustram-se os mais simples, o cidadão. Ao final, perde-se a Justiça e o Poder Judiciário.

Morosidade, impunidade ou mesmo a falta de acesso à Justiça são questões muito importantes e que já deveriam ter uma resposta diferenciada para um problema tão persistente, pois, se o CNJ veio para apontar novos horizontes ao Judiciário, aspectos essenciais como esses, que são os que realmente mais se destacam e interessam ao cidadão, alterando a credibilidade do Poder Judiciário, não podem ficar como estão.

Decerto, apesar dos avanços já alcançados, os verdadeiros problemas do Poder Judiciário, os mais graves, pode-se assim dizer, infelizmente, ainda não foram equacionados e, pior, não se sabe quando o serão, de forma que ainda há muito a ser feito, pelo próprio CNJ, sob pena de não contribuir para maior respeitabilidade do Poder Judiciário e, por via inversa, cair também em descrédito.

---

49 As empresas de telefonia estão presentes em cerca de 6% de todos os casos demandados na Justiça brasileira, sendo, portanto, um dos responsáveis pelo aumento do número de processos e da elevação da taxa de congestionamento.

50 FERRAZ, Léslie Shérida. *Acesso à Justiça e processamento de demandas de telefonia: o dilema dos Juizados Especiais Cíveis no Brasil*. Revista CNJ. 1ª Edição . 2015. Pg. 54-61.

## 8. Conclusão

Justiça, palavra com acepções diversificadas, pode ser entendida como uma construção moral e política de um povo, baseada na igualdade de direitos e na solidariedade de seus membros, ou seja, um estado ideal de interação social em que exista um equilíbrio razoável e imparcial entre os interesses, riquezas e oportunidades ofertadas às pessoas envolvidas em determinado grupamento social.

É algo que todo ser humano almeja e que distingue uma sociedade da outra, importando em maior ou menor grau de civilidade de um povo, quando efetivamente presente, valendo-se as sociedades modernas do Poder Judiciário para a sua promoção. Evidentemente, que não apenas o Poder Judiciário tem a obrigação de promover justiça, uma vez que toda a sociedade e todos os órgãos que a compõem têm também essa responsabilidade. Todavia, todas as vezes que um cidadão se vê violado em seu direito, passa a buscar sua reparação por intermédio desse poder.

Ocorre, porém, que, com a evolução da sociedade e a ampliação dos direitos básicos do cidadão, notadamente a partir da segunda metade do século passado, elevou-se, significativamente, o número de demandas que aportaram no Judiciário, que, sem a estrutura necessária, viu-se afogado em processos, deixando de ofertar as respostas necessárias em tempo razoável.

Com isso, elevaram-se as críticas, relacionadas basicamente com a morosidade em suas decisões, falta de transparência, excessivo corporativismo e dificuldade de acesso à Justiça, e, com elas, o descrédito, o que, com o passar do tempo, levou à discussão sobre a necessidade de mudanças, exigindo-se, nessa nova ótica, um Judiciário mais ágil e eficiente. Contudo, acerca das falhas apontadas, muito mais do que uma exigência da sociedade, um clamor popular, a criação de um órgão de controle externo do Poder Judiciário deu-se, aparentemente, por interferência do poder econômico que, seguindo orientação do Banco Mundial, em seu conhecido Relatório 319 S, de

1996, claramente de viés liberal, recomendou a instalação desses conselhos por toda a América Latina e Caribe, ante a necessidade de um “judiciário confiável”.

De fato, desde 1968, já se pensava na criação de um órgão de controle do Poder Judiciário, tanto que, em 1975, por intermédio da EC nº 07, criou-se o Conselho Nacional da Magistratura, basicamente com a função de colher reclamações contra seus membros, evitar atos de corrupção e de insubordinação administrativa. Esse conselho foi abolido pela Constituição Federal de 1988, ressurgindo a discussão sobre o tema em 1992, com a PEC 96, que propunha a reforma do Poder Judiciário, apresentando como proposta mais polêmica a criação de um órgão de controle externo da magistratura.

No Brasil, duas razões básicas foram apontadas para a criação de um órgão de controle externo: o primeiro relacionado ao fato de que o judiciário, com diversos tribunais, cada um deles com autonomia administrativa e financeira, com poucos padrões comuns, apresentava forte descontrole e ineficiência. O segundo, vinculado à ideia de combate ao corporativismo da magistratura e da necessidade de controle social sobre o único dos três poderes que não se submetia ao voto popular.

Tínhamos, portanto, conforme apontado, vários poderes judiciários dentro do Brasil, o que não se mostrava razoável. Assim, as forças externas, representadas pelo Banco Mundial e seu relatório que exigia um órgão de controle do Poder Judiciário, somadas com o descontrole administrativo desse poder, impôs, ao final, a criação do Conselho Nacional de Justiça, sendo relevante, a partir de então, discutir o seu formato e os mecanismos de seu funcionamento, bem como a natureza jurídica desse órgão, ou seja, da adoção de qual papel irá desempenhar, quer seja de caráter administrativo, político, de auditoria independente, misto ou, ainda, funcionando como a mais alta corte judicial do país.

Assim, após 13 anos de discussão legislativa, foi criado pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004, o Conselho Nacional de Justiça

- CNJ, também denominado controle externo da magistratura, sendo instalado no Brasil em 2005, encarregado de realizar a supervisão da atuação administrativa, financeira e correicional do Poder Judiciário, sendo-lhe vedada, no entanto, a interferência em atividades de caráter jurisdicional.

No Brasil, registre-se, optou-se pela formação de um órgão misto, contando o CNJ com 15 membros, sendo 9 deles oriundos da magistratura, dois do Ministério Público, dois da advocacia e dois cidadãos indicados pelo legislativo, impondo-se como fundamento de sua atuação evitar qualquer ingerência na atuação jurisdicional.

Passados mais de 10 anos de sua instalação, confirmada a sua constitucionalidade e mantido o seu poder disciplinar sobre todos os juízes e tribunais, salvo o STF, este sim, o órgão de cúpula do judiciário nacional, o CNJ ganhou força, visto, hoje, como importante avanço para a justiça, impondo gestão e padronização de metas a serem cumpridas pelos diversos tribunais, de forma que o Judiciário pode, finalmente, ser considerado um poder nacional. Além disso, a adoção do processo eletrônico, a virtualização judicial, a proibição de nepotismo, a obrigação da elaboração de relatórios anuais de produtividade, gastos, recursos humanos, litigiosidade e produtividade dos tribunais, reforçada pela permanente fiscalização e controle das ações dos juízes, faz com que o Judiciário avance em transparência e credibilidade. Antes, por exemplo, somente o primeiro grau de jurisdição era efetivamente fiscalizado, ficando os órgãos de cúpula sem o necessário controle.

Contudo, acerca dos avanços, e eles foram muitos, é preciso cautela quando se analisa o papel do CNJ, posto que sua interferência em atividade tipicamente jurisdicional, como já ocorreu em processos oriundos do Tribunal de Justiça do Maranhão - TJMA, pode comprometer sua legitimidade, afrontando o princípio da independência do Judiciário. Além da crítica à usurpação de função jurisdicional, também não deve ser tolerada eventual usurpação de função legislativa, como a que se viu com a edição das Resoluções

80/2009, 115/2010 e 123/2010, que legislaram, por exemplo, sobre cartórios de registros públicos, lembrando que o CNJ não tem legitimidade para tanto.

Um outro ponto que gera preocupação diz respeito ao fato do CNJ estar se ocupando de tarefas que não lhe competem constitucionalmente, promovendo uma diversidade de programas e atividades que podem desviá-lo de sua atribuição básica, criando, também, uma superestrutura de difícil controle e, pior ainda, comprometendo sua verdadeira vocação que é a de zelar pelas questões administrativas, disciplinares e de planejamento do Poder Judiciário. Enfim, após mais de 10 anos de existência do CNJ, supostamente aberta a tal “Caixa Preta”, o que se pergunta agora é se o que foi prometido com a instalação do CNJ se cumpriu?

A resposta ainda é duvidosa, pois, apesar das promessas de inovações e avanços com o CNJ, mesmo percebendo que o Judiciário evoluiu, os problemas fundamentais desse poder, aqueles de maior gravidade, ainda prosseguem sem solução.

Continuamos com um Judiciário moroso, agigantado e, curiosamente, apesar de nele tramitar cerca de 100 milhões de processos, com dificuldade de acesso. Ora, dividido por cinco áreas de competência (Estadual, Federal, Trabalhista, Eleitoral e Militar), com quatro instâncias de poder, o que é um fato único no mundo, tem-se um verdadeiro absurdo que faz com que a obtenção de uma decisão final se converta em uma batalha sem fim, afrontando, invariavelmente, a garantia da duração razoável do processo.

Sofremos também com problemas de acesso à Justiça, pois, conforme o próprio CNJ, dos processos em trâmite, 51% deles vinculam-se ao setor público, 38% ao sistema financeiro, 6% às empresas de telefonia e, infelizmente, apenas 5% é que se reserva aos cidadãos, levando-nos à conclusão de que poucos demandam excessivamente e, infelizmente, apesar das mudanças já propostas pelo CNJ, ainda não se conseguiu blindar o sistema judicial brasileiro do seu uso predatório. Com isso, frustram-se os mais simples, o

cidadão. Perde, de outro lado, a Justiça e o Poder Judiciário.

Ainda no tocante à morosidade, a principal causa de reclamação do Judiciário junto à Ouvidoria do CNJ, ressalvando que os processos duram em média mais de 10 anos, o problema até hoje não foi equacionado, pois, conforme salientado, o que se aponta é que ele se encontra na estrutura do próprio Poder Judiciário e na legislação processual que o ampara, de forma que, a prosperar a situação atual, mesmo com todo o esforço possível, ainda assim não haverá condição de impor uma decisão final em prazo minimamente razoável, o que significa contribuir para o desgaste do Judiciário como instituição.

Avanços foram alcançados e o Judiciário ficou mais transparente, porém, como visto, as soluções para os problemas básicos não foram alcançadas, sendo certo que ainda há muito o que ser feito.

## 9. Referências

AGUIAR, Adriana. ROSA, Arthur. IGNÁCIO, Laura. BAETA, Zínia. BASILE, Juliano. *Reforma do judiciário não evitou excesso de processos e morosidade*. Disponível em <http://www.valor.com.br/legislacao/3824206/reforma-do-judiciario-nao-evitou-excesso-de-processos-e-morosidade#ixzz3M3nhUmBT>

BAGATINI, Júlia & WICKERT, Lisiane Beatriz. *Ponderações Reflexivas Acerca do Conselho Nacional de Justiça*. Repro, nº 186. Ano XIX nº 33, jan-jun. 2010/nº 34, jul-dez. 2010. pg. 91-119.

BRANCO, Denilson. *Conselho Nacional de Justiça e Judiciário precisam afinar seus diagnósticos*. disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-out-19/jose-branco-cnj-judiciario-afinar-diagnosticos?>

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *A crise do Poder Judiciário e as Reformas Instrumentais: Avanços e Retrocessos*. Revista Eletrônica sobre

Reforma do Estado. Número 5, mar/abr/maio 2006 - Salvador - Bahia.

CARVALHO, Ernani & LEITÃO, Natália. *O Poder dos Juízes; Supremo Tribunal Federal e o desenho institucional do conselho nacional de justiça*. Revista de Sociologia e Política, V. 21, nº 45: 13-27, 2013.

DEOCLECIANO, Pedro Rafael Malveira. *O Governo do Poder Judiciário: Efetividade e independência no Contexto da Atuação do Conselho Nacional de Justiça*. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Fortaleza - CE, agosto de 2010.

ELGELMANN, Fabiano. *Judiciário e a Sociedade: Reforma do Judiciário - Entre a força do direito e a força dos juristas*. Jota Justiça. 20 de novembro de 2015. Disponível em <http://jota.info/judiciario-e-sociedade-reforma-do-judiciario-entre-a-forca-do-direito-e-a-forca-dos-juristas>.

ENGELMANN, Fabiano & PENNA, Luciana. *Política na forma da lei: o espaço dos constitucionalistas no Brasil Democrático*. Texto resultante de pesquisa apoiada pelo CNPQ, Projeto Interpretes da Constituição, porta-vozes de políticas: juristas e ordem política brasileira (1990-2010). Lua Nova, São Paulo, 92: 177-206, 2014.

FALCÃO, Joaquim de Arruda. *O diagnóstico do Poder Judiciário*. Disponível em <<http://stj.empauta.com/noticia>>. Acesso em: 22 jun. 2006.

FERRAZ, Léslie Shérida. *Acesso à Justiça e processamento de demandas de telefonia: o dilema dos Juizados Especiais Cíveis no Brasil*. Revista CNJ. 1ª Edição . 2015. Pg. 54-61.

FREITAS, Vladimir Passos de. *A Justiça na França*. Disponível em <http://www.ibrajus.org.br/revista/artigo.asp?IdArtigo=170>.

MOREIRA, Caio Rocha. *O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e o controle externo do Judiciário*. disponível em <http://jus.com.br/artigos/22514>

MENDES, Gilmar Ferreira. *As Contribuições do CNJ para o Judiciário brasileiro*. Disponível em <<http://www.editorajc.com.br/2012/07/as-contribuicoes-do-cnj-para-o-judiciario-brasileiro/>>.

PESSANHA, Charles. *A experiência dos Conselhos da Magistratura Ibero-Americanos: Uma análise comparativa entre Portugal, Espanha, Argentina e Brasil*. Disponível em [http://www.encontroabcp2014.cienciapolitica.org.br/resources/anais/14/1403747409\\_ARQUIVO\\_IXABCPtextoenviado.pdf](http://www.encontroabcp2014.cienciapolitica.org.br/resources/anais/14/1403747409_ARQUIVO_IXABCPtextoenviado.pdf)

SADEK, Maria Tereza Aina. *Controle Externo do Poder Judiciário*. Em SADEK, Maria Tereza (org.). *Reforma do Judiciário*. São Paulo, Fundação Konrad Adenauer, 2001.

SADEK, Maria Tereza Aina. *Estudo sobre os sistemas de justiça*. Em MICELI, Sérgio (org.). *O que ler na ciência social brasileira*, v. 4, São Paulo, Sumaré/ANPOCS, 2002.

SADECK, Maria Tereza Aina. In *Acesso à Justiça: Um Direito e Seus Obstáculos*. Revista USP. São Paulo. nº 101. pp.55-66. Março/Abril/Maio 2014.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *O Conselho Nacional de Justiça e a Independência do Poder Judiciário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

UCHÔA, Marcelo Ribeiro. *Conselho Nacional de Justiça: um modelo tão eficaz quanto original? (Análise à luz da EC 45/04)*. Monografia apresentada ao Curso de Mestrado em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza. Fortaleza, 2005.

VIANNA, Luiz Werneck et all. *Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*. Rio de Janeiro, Revan, 1999.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Poder Judiciário: Crises e Desacertos*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2005.



### **Marcos Alaor Diniz Grangeia**

Mestre em Poder Judiciário pela Fundação Getúlio Vargas - FGV Direito/Rio. Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela PUC-SP. Especialista em Poder Judiciário pela FGV Direito/Rio. Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia - TJRO. Membro do Conselho Superior da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - Enfam. Membro da Comissão de Acompanhamento de Mediação e Arbitragem no Brasil, instituída pela AMB. Professor Adjunto da Universidade Federal de Rondônia - Unir. Professor da cadeira de Direito Tributário na Escola da Magistratura do Estado de Rondônia. Professor visitante nas Escolas da Magistratura dos Estados do Rio Grande do Norte, Acre, Bahia, Amapá, Alagoas, Espírito Santo e Sergipe. Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia – biênio 2010-2011. Diretor da Escola da Magistratura do Estado de Rondônia - Emeron – biênio 2018-2019.

## A ÉTICA NOSSA DE CADA DIA

Marcos Alaor Diniz Grangeia

### RESUMO

Em todas as profissões escolhidas, é sempre necessário buscar as bases e os princípios que as formam para não se desviar dos objetivos para as quais surgiram. Na carreira da magistratura, não é diferente, sobretudo porque a decisão de segui-la não implica em apenas ter estabilidade de emprego ou aposentadoria, senão a verdadeira escolha por uma vocação que mais se traduz em doação pelos outros, ante a enorme lista de abdicações pessoais. Este artigo visa volver os olhares do magistrado para os princípios previstos no Código de Ética da Magistratura e induzir à reflexão sobre a observância de tais princípios no cotidiano do magistrado e na aplicação do direito. Ainda, almeja destacar a importância da ética do cuidado como mantenedora do amor à vocação seguida e à responsabilidade assumida pelo profissional.

**Palavras-chave:** Ética. Direito. Magistratura.

### 1. Introdução

Por vezes, ponho-me a pensar sobre o estágio de aceitação social e ética da carreira da magistratura, especialmente após a criação do Conselho Nacional de Justiça, pela Emenda Constitucional 45, de 30 de dezembro de 2004 e a edição do Código de Ética da Magistratura Nacional em setembro de 2008.

Os questionamentos que me imponho e que pretendo abordar nestas reflexões são os seguintes:

- Os desvios éticos cometidos pela minoria dos integrantes da

carreira são suficientes para justificar o conceito de prática generalizada de corrupção ditado pela sociedade à magistratura como um todo?

- O Código de Ética da Magistratura, editado pelo Conselho Nacional de Justiça, tem sido vivenciado diariamente pelos magistrados como um código de vida?

- O magistrado deve se preocupar com os ditames éticos estabelecidos pelo seu Código de Postura Profissional?

Para basilar, ainda que de forma superficial, estas reflexões, devo, inicialmente, relembrar aqui os conceitos de moral, ética e ética profissional, como forma de distingui-los, e percorrer um caminho aconselhado pela racionalidade.

Para o professor e filósofo espanhol Adolfo Sánchez Vasquez, que viveu exilado no México, onde produziu a maior parte de sua obra acadêmica, moral pode ser conceituada como um "sistema de normas, princípios e valores, segundo o qual são regulamentadas as relações mútuas entre os indivíduos ou entre estes e a comunidade, de tal maneira que estas normas, dotadas de um caráter histórico e social, sejam acatadas livres e conscientemente, por uma convicção íntima, e não de uma maneira mecânica, externa ou impessoal"<sup>1</sup>.

No que concerne à ética, a par de outros conceitos filosóficos, Renato Nalini<sup>2</sup> adota como conceito a definição contida no Dicionário Aurélio Buarque de Holanda, como "o estudo dos juízos de apreciação que se referem à conduta humana suscetível de qualificação do ponto de vista do bem e do mal, seja relativamente a determinada sociedade, seja de modo absoluto."

Do ponto de vista etimológico, são palavras de origem distintas. Ética vem do grego *ethos*, que significa modo de ser, e Moral tem sua origem no latim, que vem de *mores*, significando costumes.

Respeitadas opiniões de filósofos que separam e distinguem moral e ética, não autorizando seu uso como sinônimos, a exemplo Leonardo Boff, citado por José Ricardo Cunha<sup>3</sup>, para quem:

1 VÁSQUEZ, Adolfo Sánchez. Ética. 18. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998. Disponível em: <<http://www.coladaweb.com/filosofia/moral-e-etica-dois-conceitos-de-uma-mesma-realidade>>. Acesso em: 16 mai. 2013.

2 NALINI, José Renato. RJDTACRIM-19, p. 19, 3<sup>a</sup> Trim., 1993.

3 CUNHA, José Ricardo. Mestrado Profissionalizante do Poder Judiciário, Fundação Getúlio Vargas – Escola de Direito Rio *apud* BOFF, L. Ética e Moral: A Busca dos Fundamentos. Petrópolis: Vozes, 2003.

Ética e moral não são sinônimos. A ética é parte da filosofia. Considera concepções de fundo acerca da vida, do universo, do ser humano e de seu destino, estatui princípios e valores que orientam pessoas e sociedades. Uma pessoa é ética quando se orienta por princípios e convicções. A moral é parte da vida concreta. Trata da prática real das pessoas que se expressam por costumes, hábitos e valores culturalmente estabelecidos. Uma pessoa é moral quando age em conformidade com os costumes e valores consagrados.

Entretanto, outros pensadores não veem obstáculo na utilização da ética e da moral como sinônimos e nesta linha de pensamento posso destacar a fala de Felix Ruiz Alonso<sup>4</sup> para quem:

Ética e moral são dois sinônimos, de origem etimológica distinta, que significam uma e a mesma coisa; entretanto, na linguagem hodierna, se estabelece alguma diferença: ética significa a ciência da moral; quer dizer: "a reconstrução intelectual, organizada pela mente humana, acerca da moral". Esta seria, pois, o objeto da ciência ética.

A meu modo de ver, independentemente da distinção conceitual filosófica e etimológica que existe entre moral e ética e, de Vásquez<sup>5</sup> acentuar que a Ética é teórica e reflexiva, enquanto a Moral é eminentemente prática, elas se complementam e fazem parte da mesma realidade, existindo uma interdisciplinaridade entre ambas, pois, no agir humano, o conhecimento e a ação são indissociáveis.

Por seu turno, Vera Lúcia Messias Fialho Capellini<sup>6</sup> assevera:

[...] diferentes autores definem a ética profissional como um conjunto de normas de conduta com uma função reguladora da "ética" aplicada ao exercício profissional. A ética profissional regularia a relação do profissional com sua clientela, visando a preservação da

4 ALONSO, Félix Ruiz. Revisitando os fundamentos da ética. *Fronteiras da Ética*. Org. José de Ávila Aguiar Coimbra. São Paulo: Senac, 2002, cap. 2, p. 75.

5 VÁSQUEZ, Adolfo Sánchez, op cit.

6 CAPELINI Vera Lúcia Messias Fialho. *Ética Profissional: (RE) Pensando Conceitos e Prática*. Disponível em: <<http://www2.fc.unesp.br/educacaoespecial/material/Livro4.pdf>>. Acesso em: 16 mai. 2013.

dignidade humana e do bem-estar no contexto social e cultural no qual a profissão é exercida. Todas as profissões estão vinculadas à ética profissional, mesmo que esta não se expresse por um conjunto de normas ou código específico. De modo geral, as profissões estão referidas a regulamentos que determinam sua natureza e seus limites, com um caráter normativo e até mesmo jurídico.

Com o olhar na ética profissional, que está entrelaçada com os valores morais gerais e os princípios éticos sociais, estatuídos no Código de Ética da Magistratura Nacional, pretendo me ocupar neste escrito para buscar respostas às indagações inicialmente postas.

## **2. O Magistrado consciente e os princípios do Código de Ética da Magistratura**

O ser humano se diferencia dos demais animais por ser racional, ou seja, ele tem consciência de si e dos outros; ele fala, pensa e age em função de uma racionalidade, cuja significação pode ser associada a uma série de outros significados, dentre os quais destaco a sensatez, a objetividade, a coerência, a prudência e a possibilidade de opção pelo bom e pelo certo.

Com origem no vocábulo latino *conscientia* (com conhecimento), a consciência é o ato psíquico mediante o qual uma pessoa enxerga a sua presença na sociedade. O ser consciente possui qualidades mentais que abrangem qualificações, tais como a sapiência e a capacidade de perceber a relação entre si e um ambiente. Ter consciência, portanto, é estar ligado à realidade.

De outra banda, a consciência ética exige do ser humano ouvir aquela voz interior que orientará sua conduta sobre o que fazer em determinada situação.

Marilena Chauí<sup>7</sup> nos adverte que

[...] para que haja conduta ética é preciso que exista o agente consciente, isto é, aquele que conhece a diferença entre bem e mal,

---

<sup>7</sup> CHAUÍ, Marilena. *Convite à filosofia*. Ática: São Paulo, 2000, p. 337.

certo e errado, permitido e proibido, virtude e vício. A consciência moral não só conhece tais diferenças, mas também reconhece-se como capaz de julgar o valor dos atos e das condutas e de agir em conformidade com os valores morais, sendo por isso responsável por suas ações e seus sentimentos e pelas consequências do que faz e sente. Consciência e responsabilidade são condições indispensáveis da vida ética.

Com a perspectiva de auxiliar o magistrado no saber da diferença do bem e mal, certo e errado, permitido e proibido, virtude e vício, o Código de Ética da Magistratura se coloca como marco referencial da sua conduta para alimentar seu interior e consciência com a finalidade de dar-lhe parâmetros nas atividades diárias de sua profissão.

O Código de Ética da Magistratura foi aprovado no Conselho Nacional de Justiça, na 68ª Sessão Ordinária do dia 6 de agosto de 2008, nos autos do Processo n. 20082000007337, e teve como justificativa de necessidade para sua aprovação os seguintes argumentos:

Código de Ética da Magistratura é instrumento essencial para os juízes incrementarem a confiança da sociedade em sua autoridade moral; Código de Ética da Magistratura traduz compromisso institucional com a excelência na prestação do serviço público de distribuir Justiça e, assim, mecanismo para fortalecer a legitimidade do Poder Judiciário; que é fundamental para a magistratura brasileira cultivar princípios éticos, pois lhe cabe também função educativa e exemplar de cidadania em face dos demais grupos sociais; Considerando que a Lei veda ao magistrado “procedimento incompatível com a dignidade, a honra e o decoro de suas funções” e comete-lhe o dever de “manter conduta irrepreensível na vida pública e particular” (LC nº 35/79, arts. 35, inciso VIII, e 56, inciso II); e Considerando a necessidade de minudenciar os princípios erigidos nas aludidas normas jurídicas;

Percebe-se de pronto que o Código pretende ser um documento normativo profissional de conduta dos magistrados, elegendo princípios para utilização dos membros desta grande corporação denominada Poder Judiciário, focando suas diretrizes para

incrementar a confiança na sociedade, traduzindo-se em instrumento de compromisso institucional capaz de fortalecer a legitimação do Poder Judiciário, além de considerar a necessidade do magistrado servir de paradigma social por meio do cultivo de princípios éticos.

Não quero aqui conceituar princípios com uma abordagem técnico-jurídica, que envolva a dogmática e o dissenso doutrinário sobre a diferenciação deles e das normas.

Penso que um conceito mais consensual é o suficiente para verificar a importância dos princípios norteadores do Código de Ética e do Estatuto da Magistratura, bem como trazer para essa reflexão os argumentos de validade e imperatividade usados pelo Código para elegê-los como valores éticos regradores da atividade dos pertencentes à carreira da magistratura.

Neste sentido, tomo de empréstimo o que diz Jerônimo Mendes<sup>8</sup>, autor de "Oh, Mundo Cãoportivo!":

Princípios são preceitos, leis ou pressupostos considerados universais que definem as regras pela qual uma sociedade civilizada deve se orientar. Em qualquer lugar do mundo, princípios são incontestáveis, pois, quando adotados não oferecem resistência alguma. Entende-se que a adoção desses princípios está em consonância com o pensamento da sociedade e vale tanto para a elaboração da constituição de um país quanto para acordos políticos entre as nações ou estatutos de condomínio. Vale no âmbito pessoal e profissional.

No seu artigo 1º, o Código baliza os princípios a serem seguidos por aqueles que pretendem seguir a carreira da magistratura, exigindo conduta compatível com os preceitos do Código e do Estatuto da Magistratura, norteando-se pelos princípios da independência, da imparcialidade, da formação continuada, do conhecimento e capacitação, da cortesia, da transparência, do segredo profissional, da prudência, da diligência, da integridade profissional e pessoal, da dignidade, da honra e do decoro.

A **Independência** exigida pelo Código determina que o magistrado

<sup>8</sup> MENDES, Jerônimo. Disponível em: <<http://www.gestaodecarreira.com.br/coaching/reflao/principios-valores-e-virtudes.html>>. Acesso em: 17 mai. 2013.

seja eticamente independente e que não interfira, de qualquer modo, na atuação jurisdicional de outro colega; que desempenhe suas atividades sem receber indevidas influências externas e estranhas à justa convicção que deve formar para a solução dos casos que lhe sejam submetidos, ressaltando que o exercício da magistratura, por impedimento legal, implica a vedação ao membro do Poder judiciário em participar de atividade político-partidária (artigos 4º, 5º e 6º do CE da Mag.).

A **Imparcialidade** implica em considerar imparcial o magistrado que busca nas provas a verdade dos fatos, com objetividade e fundamento, mantendo ao longo de todo o processo uma distância equivalente das partes, e evita todo o tipo de comportamento que possa refletir favoritismo, predisposição ou preconceito, asseverando que, no exercício da judicatura, ao magistrado fica vedada qualquer espécie de injustificada discriminação, excetuado o tratamento diferenciado resultante de lei (artigos 8º e 9º do CE da Mag.)

O **Conhecimento** e a **Capacitação** delineados pelo Código têm nele especial atenção e são colocados como princípios de alto relevo, pois a exigência de conhecimento e de capacitação permanente dos magistrados possui como fundamento o direito dos jurisdicionados e da sociedade em geral na obtenção de um serviço de qualidade na administração jurisdicional. Referidos princípios adquirem uma dimensão especial, quando o conhecimento relacionar-se com as técnicas e as atitudes que levem à máxima proteção dos direitos humanos e ao desenvolvimento dos valores constitucionais (artigo 29 e 32 do CE da Mag.).

A **Formação Continuada** dos juízes, como desdobramento do princípio anteriormente citado, mereceu destaque por parte do CNJ, pois ela deve ser contínua e estender-se tanto às matérias jurídicas quanto aos conhecimentos e técnicas não jurídicos que possam favorecer o melhor cumprimento das funções judiciais. (artigo 31 do CE da Mag.). A realização deste princípio impõe ainda, ao magistrado, ser colaborativo na medida do possível, na formação dos outros membros do órgão judicial, devendo manter uma atitude de partilha ativa em todas as atividades que conduzem à formação judicial e

esforçando-se para contribuir com os conhecimentos teóricos e práticos ao melhor desenvolvimento do Direito e à administração da Justiça (artigos 33, 34 e 35 do CE da Mag.).

A **Cortesia**, eleita como princípio pelo Código, deixa claro que o magistrado tem o dever de cortesia para com os colegas, os membros do Ministério Público, os advogados, os servidores, as partes, as testemunhas e todos quantos se relacionem com a administração da Justiça (artigo 22 do CE da Mag.).

A **Transparência** direciona o magistrado para o cumprimento do princípio constitucional contido no artigo 37 da Constituição Federal, ao dispor que a atuação do magistrado deve ser transparente, documentando seus atos, sempre que possível, mesmo quando não legalmente previsto, de modo a favorecer sua publicidade, informando aos interessados acerca dos processos sob sua responsabilidade e evitando comportamentos que impliquem a busca injustificada e desmesurada por reconhecimento social, mormente a autopromoção em publicação de qualquer natureza (artigos 11 e 13 do CE da Mag.).

Em relação à imprensa, esse princípio impõe observância de prudência, ao enunciar que cumpre ao magistrado, na sua relação com os meios de comunicação social, comportar-se de forma prudente e equitativa, e cuidar, especialmente, para que não sejam prejudicados direitos e interesses legítimos de partes e seus procuradores, abstendo-se de emitir opinião sobre processo pendente de julgamento, seu ou de outrem, ou juízo depreciativo sobre despachos, votos, sentenças ou acórdãos, de órgãos judiciais, ressalvada a crítica nos autos, doutrinária ou no exercício do magistério (artigo 12 do CE da Mag.).

O **Segredo Profissional** alerta o magistrado para o dever de guardar absoluta reserva, na vida pública e privada, sobre dados ou fatos pessoais de que haja tomado conhecimento no exercício de sua atividade (artigo 27 do CE da Mag.).

O princípio da **Prudência** concita o magistrado à busca da adoção de comportamentos e decisões que sejam o resultado de juízo justificado racionalmente, após haver meditado e valorado os argumentos e contra-argumentos disponíveis, à luz do Direito aplicável, especialmente ao proferir decisões, atuando de forma

cautelosa, atento às consequências que pode provocar (artigos 24 e 25 do CE da Mag.). O princípio da prudência determina ao juiz que mantenha atitude aberta e paciente para receber argumentos ou críticas lançados de forma cortês e respeitosa, podendo confirmar ou retificar posições anteriormente assumidas nos processos em que atua (artigo 27 do CE da Mag.).

O princípio da **Diligência** retrata o dever que possui o magistrado de velar para que os atos processuais se celebrem com a máxima pontualidade e para que os processos a seu cargo sejam solucionados em um prazo razoável, reprimindo toda e qualquer iniciativa dilatória ou atentatória à boa-fé processual, exigindo dele que não assuma encargos ou contraia obrigações que perturbem ou impeçam o cumprimento apropriado de suas funções específicas, ressalvadas as acumulações permitidas constitucionalmente. Na hipótese do magistrado exercer o magistério, deve ele ter em mente que, prioritariamente, ele é juiz e que seus atos como professor refletirão na sua atividade judicante (artigos 21 e 22 do CE da Mag.).

O princípio da **Integridade Funcional e Pessoal** alerta o magistrado de que sua integridade de conduta fora do âmbito estrito da atividade jurisdicional contribui para uma fundada confiança dos cidadãos na judicatura, motivo pelo qual côncio de que o exercício da atividade jurisdicional impõe restrições e exigências pessoais distintas das acometidas aos cidadãos em geral, deve ele comportar-se na vida privada de modo a dignificar a função jurisdicional (artigos 15 e 16 do CE da Mag.). Para dar cumprimento a este princípio, é dever do magistrado recusar benefícios ou vantagens de ente público, de empresa privada ou de pessoa física que possam comprometer sua independência funcional, não usar para fins privados, sem autorização, os bens públicos ou os meios disponibilizados para o exercício de suas funções, cumprindo-lhe ainda adotar as medidas necessárias para evitar que possa surgir qualquer dúvida razoável sobre a legitimidade de suas receitas e de sua situação econômico-patrimonial (artigos 17,18 e 19 do CE da Mag.).

Por fim, os princípios da Dignidade, da Honra e do Decoro exaltam ao magistrado a necessidade de adotar procedimento compatível

desses valores com a função judicante, considerando também atentatório à dignidade do cargo qualquer ato ou comportamento seu, no exercício profissional, que implique discriminação injusta ou arbitrária de qualquer pessoa ou instituição (artigo 37 e 38 do CE da Mag.).

Pelo que se pode perceber, os princípios éticos profissionais como valores institucionais adotados pelo Código de Ética da Magistratura são mais que valores pessoais a serem observados pelos integrantes da carreira da magistratura. Eles são vetores da essência e da subsistência do Poder Judiciário, porquanto o magistrado, por definição constitucional, antes de tudo, é Órgão de Jurisdição componente de um sistema que deve ter função ética harmônica, sem o que haverá o comprometimento do tecido estrutural do Poder.

O tema sobre a necessidade de o magistrado se guiar por um código de ética não é novo, tendo dele se ocupado o professor Juan Carlos Mendoza, da Universidade de Assunção, que enumerou em um decálogo normativos de conduta ética a serem seguidos pelos juízes, cuja redação reproduzida por Penna<sup>9</sup>, ao citar Nalini, transcrevo como comparativo, sendo muitos dos enunciados formadores da base principiológica do Código de Ética editado pelo CNJ.

Diz o professor Juan:

**1. Sê honesto:** o conteúdo necessário do Direito são os valores morais, donde não se pode conceber um ordenamento jurídico que não responda a um princípio ético. Por esses valores morais, o direito existe, tem autoridade, aperfeiçoa-se e impõe aos homens. Para que possas aplicá-lo com rigor e cumprir seus pressupostos últimos, deves encarnar em ti esses valores, dentre os quais a honestidade é o primeiro e essencial ao teu ministério.

**2. Sê sóbrio:** a sobriedade é uma exigência do teu cargo. Para que sejas um verdadeiro magistrado e alcances o respeito de teus semelhantes, hás de ser necessariamente exemplar em tua vida pública e privada e hás de condensar, em todas as tuas decisões, o equilíbrio de tua alma.

**3. Sê paciente:** quem vai aos tribunais em demanda de tua justiça

<sup>9</sup> PENNA, Saulo Versiani. Juiz e Ética. Disponível em: <<http://www.ejef.tjmg.jus.br/home/files/publicacoes/artigos/052010.pdf>>. Acessado em: 26 jun 2014.

leva atribulações e ansiedades que hás de compreender. Esta é a parte mais sensível e humana de tua missão; ela te ajudará a ter presente que o destinatário de tua sentença não é um ente abstrato ou nominal, mas que é um homem, e, mais que um homem, uma pessoa humana.

**4. Sê trabalhador:** deves esforçar-te para que tenha vigência o ideal de justiça rápida, se bem que não deves sacrificar o estudo à celeridade. Trabalha no pleito mais insignificante com a mesma dedicação que no pleito mais importante e, em todos os casos, tem presente o que está em jogo é a própria justiça.

**5. Sê imparcial:** o litigante luta pelo seu direito, tanto quanto tu lutas pelo direito. Isto não deves esquecer nunca. Não te deves levar por tuas simpatias ou antipatias, por conveniências ou compaixões, nem por temos ou misericórdia. A imparcialidade implica a coragem de decidir contra os poderosos, mas também o valor muito maior de decidir contra o fraco.

**6. Sê respeitoso:** respeitoso da dignidade alheia e da tua própria dignidade; respeitoso nos atos e nas palavras. Todo o Direito é dignidade; está dirigido à dignificação da pessoa humana e não se pode conceber esvaziado dela. Deves estar consciente da imensa responsabilidade do teu ministério e da enorme força que a lei põe em tuas mãos.

**7. Sê justo:** antes de mais nada, verifica, nos conflitos, onde está a Justiça. Em seguida, fundamenta-a no Direito. Dom ponto de vista técnico hás de esforçar-te para que a verdade formal coincida com a verdade real e para que a tua decisão seja a expressão viva de ambas.

**8. Ama o Direito:** se a advocacia é um nobre apostolado, que exige um profundo amor ao Direito, a magistratura judicial é um apostolado mais nobre ainda, isento de enganos e refúgios, que exige para o Direito uma devoção maior porque não te dará triunfos, nem riquezas.

**9. Sê independente:** tuas normas hão de vir unicamente das normas da lei e da tua consciência. Não é por capricho que se quer que sejas independente e que os homens tenham lutado e morrido pela independência, mas porque a experiência da humanidade demonstra que esta é um garantia essencial da Justiça, a condição da existência do poder jurisdicional, o modo mais eficaz de proteger

o indivíduo contra os abusos do poder.

**10. Defende a liberdade:** tem presente que o fim lógico para o qual foi criada a ordem jurídica é a Justiça e que a Justiça é conteúdo essencial da liberdade. Na medida em que a faças respeitar, tu, teus companheiros e tua posteridade, gozarão de seus benefícios, pois nunca foram livres os homens, nem os povos, que não souberam ser justos. Defender a liberdade não é fazer política, senão preservar a saúde da sociedade e o destino das instituições que a justificam. Para cumprir com o teu dever, para que esse baluarte seja uma fortaleza, sem necessidade de canhões, nem de soldados, para que seja majestoso e imponente, é mister que tu o levantes como nunca, por cima das paixões, e cumpras, com grandeza e com suprema energia, teu dever de magistrado, teu alto apostolado jurídico; que não cedas ante a violação de uma única lei e não te embaraces no atentado contra uma única garantia.

É de se notar que tanto o Código de Ética determinado pelo CNJ como o decálogo proposto pelo Professor Juan Carlos Mendoza possuem, de forma clara, um viés que vai além da preocupação que o magistrado deve ter com o seu comportamento dentro da instituição e que se estende à vida privada.

Existe sempre, nos textos sobre ética dedicados aos magistrados, uma evidente proposta de agir não só em favor da honradez do profissional, mas também um agir em benefício do jurisdicionado e do Poder Judiciário. Predicados como ser sóbrio, paciente, respeitoso, trabalhador, prudente, amante do direito, estão a nos dizer que somos profissionais em prol de alguém, pois de nada adianta sermos honestos se a honestidade não estiver focada na razão de servir o jurisdicionado com um serviço eficaz e eficiente, na perspectiva de atuação do Poder.

O atuar ético do magistrado não pode ser apenas voltado para a sua garantia de manutenção na carreira, visando uma aposentadoria. A atuação ética de todos os integrantes do Poder Judiciário deve ir além: é preciso volver seu olhar para uma ética do cuidado, proporcionando serviços jurisdicionais que contribuam com a construção de uma sociedade justa e solidária, como forma de realizar a missão do Estado

Brasileiro.

### 3. A Ética do Cuidado fundada na realização de uma sociedade justa e solidária

Miguel Reale<sup>10</sup>, discorrendo sobre a Concepção do Direito na Doutrina de Del Vecchio, ao analisar Direito e Intersubjetividade, afirma:

... não podemos conhecer sem os dois termos que são o sujeito e o objeto, mas o objeto pode também consistir em outro sujeito. Não existe apenas uma relação entre o eu e o não eu, tal como se dá no plano puramente gnoseológico, porque existe também uma relação entre o eu e o outro eu, tal como se verifica no plano ético. A Ética é o estudo dos comportamentos possíveis dos sujeitos enquanto uns se põem perante os demais. Sendo assim, é preciso examinar quais as possíveis colocações de um "eu" perante "outro eu", do ego perante o alter, colocações que para Del Vecchio são apenas duas, visto como as ações só podem ser consideradas a parte *subjecti*, ou a parte *objecti*, sem possibilidade de terceira solução. Em primeiro lugar, temos, com efeito, uma colocação em que o sujeito se mantém como instância valorativa de sua própria conduta, de tal maneira que, embora se enlaçando a outrem, se conserva livre na escolha e no agir, determinando sua atividade segundo seu próprio critério: - a Moral impõe ao sujeito uma escolha entre várias ações do mesmo sujeito e o critério de opção é "subjetivo". As avaliações morais são, em suma, subjetivas, ou unilaterais, pois a norma moral tem por exclusivo destinatário o próprio sujeito. Daí a conclusão de que "a Moral é a parte subjetiva da Ética".

Por seu turno, Leonardo Boff<sup>11</sup>, ao descrever a Ética do Cuidado, no seu *"Ethos Mundial Um Consenso Mínimo entre os Humanos"*, assevera que:

---

10 REALE, Miguel. Filosofia do Direito. 11<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 1986, pp. 344-345.

11 BOFF, Leonardo. Ethos Mundial Um Consenso Mínimo Entre os Humanos, ed. Letra Viva, 2000, pp. 107-109.

... o cuidado pertence à essência do ser humano. É o seu modo-de-ser concreto no mundo e com os outros, ontologicamente anterior à ação da razão e da liberdade, como o tem mostrado profundamente Martin Heidegger em seu *Ser e Tempo* (41-3) e que nós detalhamos em nossa investigação *Saber Cuidar: ética do humano, compaixão pela Terra* (1999). O cuidado é uma relação amorosa que descobre o mundo como valor. Ele não é primeiramente objeto da posse humana e arena dos interesses utilitaristas. Ele possui seu valor intrínseco e sua relativa autonomia. Possui subjetividade, na medida em que é parte e parcela do Todo e merece ser respeitado e continuar a existir. O cuidado expressa a importância da razão cordial, que respeita e venera o mistério que se vela e re-vela em cada ser do universo e da Terra. Por isso, a vida e o jogo das relações só sobrevivem se forem cercados de cuidado, de desvelo e de atenção. A pessoa se sente envolvida afetivamente e ligada estreitamente ao destino do outro e de tudo o que for objeto de cuidado. Por isso, o cuidado provoca preocupação e faz surgir o sentimento de responsabilidade. Bem dizia o poeta Horácio (65-8 a.C.): “o cuidado é o permanente companheiro do ser humano”, no amor às coisas e às pessoas e na responsabilidade e no envolvimento daí decorrentes. Sem cuidado, triunfa a entropia, vale dizer, o desgaste de todas as coisas sob a usura irrefreável do tempo; com cuidado, cresce a sintropia, a conjura suave de todos os fatores que mantêm e prolongam o mais possível a existência. Não é difícil perceber que o cuidado funda a primeira atitude ética fundamental, capaz de salvaguardar a Terra como um sistema vivo e complexo, proteger a vida, garantir os direitos dos seres humanos e de todas as criaturas, a convivência em solidariedade, compreensão, compaixão e amor. Não precisamos detalhar mais os conteúdos de uma ética do cuidado, pois ela perpassa todo o texto da Carta da Terra, como a expusemos anteriormente. Nós mesmos, na obra *Saber*, cuidar aprofundamos seus principais eixos: cuidado com o nosso único planeta, cuidado com o próprio nicho ecológico, cuidado com a sociedade sustentável, cuidado com o outro, *animus-anima*, cuidado com os pobres, oprimidos e excluídos, cuidado com o nosso corpo na saúde e na doença, cuidado com nossa alma e seus anjos e demônios interiores, cuidado com nosso espírito e seus sonhos e o Grande Sonho, Deus, cuidado com a grande travessia da morte.

O futuro do planeta e da espécie *homo sapiens/demens* depende do nível de cuidado que a cultura e todas as pessoas tiverem desenvolvido.

Fica claro que o magistrado, ao decidir, necessita perceber que não decide para os autos, para a instância superior, para ser um número na Corregedoria ou no CNJ. Ele decide para as partes, valendo aqui as advertências de Sidney Beneti<sup>12</sup>, no seu livro “Da Conduta do Juiz”, ao elencar um rol de virtudes do magistrado. Diz Beneti:

5º) Prudência no decidir e no executar, para que a realização da Justiça se faça com a menor margem de erro e o menor sacrifício possíveis. [...] 7º) Idealismo, desses de fazer decidir orientando-se pelo bem e pela reta intenção, bem como de não abandonar o esforço de realização da Justiça, sejam quais forem os obstáculos que se a ela se apresentem. [...] 10º) Ausência de preconceitos no agir, característica de independência e senso crítico, marca de realização de Justiça por psiquismo liberto de escravidão escura - de modo e se assegurarem direitos mesmo a quem, de acordo com a lei de Justiça, tenha a conduta mais avessa à do Juiz. [...] 18º) Perseverança, essencial à descoberta da verdade e da lei aplicável, em meio ao longo e cansativo estudo do caso, e imprescindível à execução adequada. [...] 19º) Compreensão para com os que têm direito, amparando-os, e, mesmo, respeito para com os vencidos na demanda judiciária, ainda que punidos, segundo a lei, pelo agir desleal. [...] 20º) Reta intenção dirigida apenas no sentido do cumprimento do dever e da realização da Justiça, sem o menor marca de interesse pessoal que a conspurque. [...] 21º) Altruísmo, no buscar o bem ao próximo, assegurá-lo e perdoá-lo na fraqueza de haver tentado contra o Direito.

Não encontro outra razão, senão a preocupação com a parte, destinatária da Ética do Cuidado e do produto jurisdicional, para justificar a existência, no Código de Ética, de assertiva de consideração em sua introdução, como: “Código de Ética da Magistratura traduz

---

12 BENETI, Sidnei Agostinho. Da Conduta do Juiz. São Paulo: Saraiva, 1997, pp. 170-171.

compromisso institucional com a excelência na prestação do serviço público de distribuir Justiça e, assim, mecanismo para fortalecer a legitimidade do Poder Judiciário". (Considerados do Código de Ética da Magistratura).

E ainda: o princípio da Prudência, que concita o magistrado para buscar adotar comportamentos e decisões que sejam o resultado de juízo justificado racionalmente, após haver meditado e valorado os argumentos e contra-argumentos disponíveis, à luz do Direito aplicável especialmente ao proferir decisões, atuando de forma cautelosa, atento às consequências que pode provocar (artigos 24 e 25 do CE da Mag.).

Está no conteúdo ético das decisões judiciais a possibilidade do magistrado realizar, a seu turno, a missão do Poder Judiciário e, no concerto do Estado Brasileiro, no sentido de realizar sua missão de construir uma sociedade Justa, Fraterna e Solidária.

Nesta linha deste pensamento, Nalini<sup>13</sup> volta a nos socorrer, ao afirmar:

O juiz é ser humano com todas as suas circunstâncias. Possui personalidade que foi plasmada numa determinada origem social, região, momento histórico, sem desconsiderar a carga genética e as interações do sistema educacional, absorção de valores e de costumes da convivência. Tem suas inclinações e idiossincrasias, não é insusceptível de angustiar-se, característica do homem deste final de século. Exerce o julgador um papel previamente delineado. Existe uma sólida expectativa de comportamento em torno do papel social do julgador. Atendo-se à objetividade dessa conduta, observando os compromissos dela derivados, sem se identificar com eles, mergulha o juiz em situação angustiante. Sobre essa angústia, diz JOSÉ ARTHUR GIANOTTI, "se cada um chega a uma situação-limite é porque exerce seus papéis de certa maneira, cumpre seus compromissos sem se identificar com eles. Isto porque cada um se reconhece como sendo capaz de participar ou não de certos sistemas de normas. E nesse reconhecimento cada um se põe como inteiro, como alguém que vale por si mesmo independentemente de sua face de agente. Daí a relação de intimidade se pautar pelo

---

13 NALINI, José Renato. O Juiz e a Ética no Processo. RJDTACRIM – 19.

mútuo respeito, pela suspensão de toda norma social em que ambos percam suas identidades determinantes, capazes de instalar por si mesmos suas normas de integridade. Isso requer preparo e auto-aperfeiçoamento, a capacidade de agir socialmente com luvas de pelica, como se uma membrana tênue se interpusesse entre o eu e o mundo. Essa moralidade nasce precisamente da suspensão dos juízos morais já feitos a fim de que cada um possa se colocar como instância instauradora de juízos que dizem o bem e o mal para mim e para outrem" (19). O juiz não pode agir mecanicamente. É-lhe defeso artificializar a distribuição da Justiça. Não pode considerar a prestação jurisdicional uma atuação burocrática. Precisa acreditar naquilo que faz. O descompasso gera essa fissura que o torna infeliz agente de um drama destituído de sentido. E de solucionador de conflitos passa ele - paradoxalmente - a multiplicador de injustiças. Por isso que é importante o autoconhecimento. Saber identificar o móvel de sua decisão em cada caso mostra-se essencial. Poder ocupar, ao menos intuitivamente, o papel de cada parte no processo que lhe é submetido, auxilia-o a bem decidir. Ter consciência de que, "como todo homem, não é pura razão, mas razão encarnada, e que, além do corpo, tem uma parte afetiva, e é difícil controlar e ordenar os sentimentos e emoções de maneira a lograr maior imparcialidade e objetividade em seus juízos sobre as pessoas" (20), é decisivo quanto a não transigir com injustiças. O bem julgar implica exercício constante de faculdades garantidoras da higidez psíquica. A paciência, a prudência, o interesse pelos dramas humanos, a sadia análise dos fatos e seu cotejo com o fluir da História, convertem o juiz em eficaz redutor de conflitos. Analista leigo da psicologia dos semelhantes, deve imbuir-se da vontade real de aprofundar-se no conhecimento da natureza humana. Consciência sensível e desperta, direcionada a servir mediataamente à comunidade e, de imediato, ao destinatário do serviço público a cujo desempenho é preordenada, muito se espera de um bom juiz. Mas o censor maior do magistrado não é a comunidade, ou os órgãos correcionais, senão o seu próprio compromisso com a missão de concretizar o justo. Nesse compromisso é que há de repensar o mito da imparcialidade, aferindo - em processo permanente e intensificado - o grau de compatibilidade de seu exercício com os objetivos propostos pela comunidade. Sem deixar de considerar o desafio histórico em que sevê envolvido.

Igualmente percebe-se a presença da Ética do Cuidado no texto denominado “Oração de São Francisco”, de autoria desconhecida, como ensina Pinoleto<sup>14</sup>. Observemos e meditemos sobre o texto que, quando lido em francês, sem qualquer dificuldade de compreensão, dado o conhecimento universal do texto, parece nos conamar para uma Ética do Cuidado, em razão da prática dos atos jurisdicionais.

Reflitamos:

... Là où il y a de la haine, que je mette l'amour.  
Là où il y a l'offense, que je mette le pardon.  
Là où il y a la discorde, que je mette l'union.  
Là où il y a l'erreur, que je mette la vérité.  
Là où il y a le doute, que je mette la foi.  
Là où il y a le désespoir, que je mette l'espérance.  
Là où il y a les ténèbres, que je mette votre lumière.  
Là où il y a la tristesse, que je mette la joie ...

Sem qualquer sombra de dúvida, a decisão judicial proferida com os princípios da Ética do Cuidado têm plena potencialidade de se traduzir em cada frase do texto da oração.

Fixadas estas premissas de definição conceitual de ética nas suas diversas matizes, sua principiologia, e realçada a necessidade de ver os atos jurisdicionais com o olhar da Ética do Cuidado, penso estar em condições de responder às questões inicialmente propostas.

**Os desvios éticos cometidos pela minoria dos integrantes da carreira são suficientes para justificar o conceito de prática generalizada de corrupção, ditado pela sociedade à magistratura como um todo?**

O magistrado é considerado pela sociedade como um ser diferenciado, quer por seus conhecimentos quer por seus predicados éticos. Ele é visto como um paradigma de comportamento social, ético e moral.

O Poder Judiciário representa um sistema composto de diversos segmentos individuais – juízes federais, estaduais, trabalhistas, militares – e, coletivos – Tribunais Superiores, Tribunais Federais

14 PINOLETO, Frei Adelino G., OFM Cap. A “Oração pela Paz” atribuída a São Francisco. Disponível em: <<http://www.franciscanos.org.br/?=24385>>. Acesso em: 11 jun 2013

e Estaduais, considerados intermediários. Para a avaliação deste sistema, a consciência coletiva não individualiza este ou aquele magistrado ou Tribunal.

Para emitir um senso de reprovação, quando algum ou alguns de seus membros infringem os deveres éticos impostos pelo Código de Ética da Magistratura Nacional, a sociedade impõe severas penas de reprovação que atingem todos os integrantes da carreira indistintamente.

O Código de Ética da Magistratura, editado pelo Conselho Nacional de Justiça, em setembro de 2008, reflete os valores éticos e morais aceitos pela sociedade como mínimos exigidos para o padrão de comportamento daqueles que pretendem seguir a carreira da magistratura.

Para o magistrado, a ética profissional abarca sua vida privada, de forma que deverá manter reputação ilibada dentro e fora da profissão.

**O Código de Ética da Magistratura, editado pelo Conselho Nacional de Justiça, tem sido vivenciado diariamente pelos magistrados como um código de vida?**

Não tenho dúvida de que a resposta é positiva, mas é preciso distinguir a maneira como cada um de nós está vivenciando os deveres éticos.

Existem magistrados que olham para o Código de Ética como um documento que proporciona uma salvaguarda profissional, capaz de lhe evitar problemas com os órgãos censórios dos Tribunais ou do CNJ e garantir uma aposentadoria tranquila.

É necessário ir além. O magistrado precisa entender que a normatividade do Código de Ética, de caráter obrigatório, é uma garantia do jurisdicionado. É um direito do jurisdicionado de que o magistrado, por exemplo, vai ouvi-lo, vai ser imparcial, vai ser justo, vai se aprimorar por meio de uma formação continuada etc..

A vivência do Código de Ética e a prática da Ética do Cuidado devem ser suficientemente intensas para proporcionar ao magistrado e ao jurisdicionado uma experiência rica na construção de uma sociedade justa e solidária.

O cuidado com o jurisdicionado deve fazer parte da consciência ética dos magistrados.

## **O magistrado deve se preocupar com os ditames éticos estabelecidos pelo seu Código de Postura Profissional?**

Assim como o aprimoramento do magistrado, nos diversos ramos da ciência jurídica, é necessário para desenvolvimento de suas tarefas diárias, os ditames éticos devem ser preocupação constante do integrante da carreira da magistratura.

O magistrado deve ter a consciência de que é observado, visto e lembrado por toda a sociedade como um paradigma de valores e, quanto mais positiva for esta lembrança, mais legitimidade será transferida ao Poder Judiciário.

O profissional da magistratura deve ansiar pela prática da ética profissional no seu desenvolvimento intelectual, visto que ele é detentor de poder suficiente para transformar a sociedade e a mudança pretendida não pode ser aquela que deforma o tecido social e o ser humano.

Nas palavras de Nalini, em conversa particular, fora da ética não há salvação para o magistrado ou para o Poder Judiciário.

## **4. Referências**

BENETI, Sidnei Agostinho. *Da Conduta do Juiz*. São Paulo: Saraiva, 1997.

BOFF, Leonardo. *Ethos Mundial: um consenso mínimo entre os humanos*. Brasília: Letraviva, 2000.

\_\_\_\_\_. *A oração de São Francisco: uma mensagem de paz para o mundo atual*. Rio de Janeiro: Sextante, 1999.

CAPELINI, Vera Lúcia Messias Fialho. *Ética Profissional: (RE) Pensando Conceitos e Prática*. Disponível em: <<http://www2.fc.unesp.br/educacaoespecial/material/Livro4.pdf>>. Acesso em: 16 mai. 2013.

*Código de Ética da Magistratura*. Disponível em Conselho Nacional de Justiça

- CNJ <<http://www.cnj.jus.br/codigo-de-etica-da-magistratura>> Acesso em: 15 mai. 2013.

CUNHA, José Ricardo. Mestrado Profissionalizante do Poder Judiciário, Fundação Getúlio Vargas – Escola de Direito Rio apud BOFF, L. *Ética e Moral: A Busca dos Fundamentos*. Petrópolis: Vozes, 2003.

*Lex Magister*. Disponível em Conselho Nacional de Justiça - CNJ. Disponível em: <[http://www.lex.com.br/doutrina\\_23813027\\_OS\\_PRINCIPIOS\\_ETICOS\\_E\\_SUA\\_APPLICACAO\\_NO\\_DIREITO.aspx](http://www.lex.com.br/doutrina_23813027_OS_PRINCIPIOS_ETICOS_E_SUA_APPLICACAO_NO_DIREITO.aspx)> Acesso em: 5 jun. 2013.

PINOLETO, Frei Adelino G., OFM Cap. A “Oração pela Paz” atribuída a São Francisco. Disponível em: <<http://www.franciscanos.org.br/?=24385>>. Acesso em: 11 jun 2013.

PENNA, Saulo Versiani. *Juiz e Ética*. Disponível em: <<http://www.ejef.tjmg.jus.br/home/files/publicacoes/artigos/052010.pdf>>. Acessado em: 26 jun 2014.

NALINI, José Renato. *O Juiz e a Ética no Processo*. RJDTACRIM-19, 3º Trimestre/1993.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1986.

ALONSO, Félix Ruiz. *Revisitando os fundamentos da ética*. Fronteiras da Ética. Org. José de Ávila Aguiar Coimbra. São Paulo: Senac, 2002.

VÁSQUEZ, Adolfo Sánchez. *Ética*. 18. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998. Disponível em: <<http://www.coladaweb.com/filosofia/moral-e-etica-dois-conceitos-de-uma-mesma-realidade>> Acesso em: 16 mai. 2013.



### **Inês Moreira da Costa**

Doutora em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí. Mestre em Poder Judiciário pela Fundação Getúlio Vargas - FGV - Direito/Rio. MBA em Poder Judiciário pela Fundação Getúlio Vargas FGV - Direito/Rio. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Rondônia. Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia. Coordenadora do Centro de Pesquisa e Publicação Acadêmica da Escola da Magistratura do Estado de Rondônia. Professora do Centro Universitário São Lucas. (CV-Lattes).

## OS JUÍZES NA CONTEMPORANEIDADE: CAUSAS E EFEITOS DA JUDICIALIZAÇÃO

Inês Moreira da Costa

### RESUMO

A judicialização da política ou a politização do judiciário é um tema recorrente no cenário jurídico. Este trabalho objetiva compreender como os juízes vêm exercendo seu papel frente ao constitucionalismo, que atribuiu relevância à interpretação de normas constitucionais, e o motivo da crescente judicialização. São apresentadas as causas que levam a uma crise na teoria da separação de poderes e como isso tem levado à judicialização de questões políticas, bem como a legitimação do Poder Judiciário para analisar qualquer ato ou norma que, contrariando o texto constitucional, ocasione lesão ou ameaça a direitos fundamentais. Evidencia-se, ainda, as novas atribuições dos juízes trazidas pela Lei n. 13.655/2018 e a necessidade de justificar, racionalmente, as decisões.

**Palavras-chave:** Judicialização da política. Separação dos poderes. Constitucionalismo.

### 1. Introdução

O objetivo deste trabalho é expor como os juízes vêm exercendo suas atribuições na atualidade e as causas e efeitos da judicialização. A judicialização, nesse contexto, significa que algumas questões, inclusive de larga repercussão política ou social, além das de natureza individual, passam a ser decididas por órgãos do Poder Judiciário e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo. Isso impacta, de certa forma, na relação do Poder Judiciário com os demais Poderes, no que se denominou chamar de

“judicialização da política” e “politização do Judiciário”.

Inicia-se abordando as razões da “crise” da teoria da separação de poderes que resulta na judicialização da política e de aspectos de ordem social, exteriores ao funcionamento do Poder Judiciário. Em seguida, analisa-se o papel que a Constituição Federal de 1988 outorga ao Poder Judiciário, dotando-o de instrumentos e atribuições para assegurar os direitos fundamentais que nela se encontram.

Como consequência, o constitucionalismo dos direitos fundamentais irradia sua força para a legislação infraconstitucional, permitindo o controle jurisdicional dos atos que venham a desrespeitar esses direitos e garantias. Abordam-se, assim, as causas da judicialização, trazendo-se um rápido enfoque sobre a recente Lei n. 13.655/2018, que alterou a Lei de Interpretação às Normas do Direito Brasileiro, incumbindo os juízes de avaliar a necessidade e adequação das políticas.

Almeja-se, assim, contribuir para o debate das novas atribuições jurisdicionais, no contexto de uma sociedade cada vez mais complexa e que espera do Judiciário uma resposta para seus anseios e necessidades.

## 2. A teoria (em crise) da separação de poderes

A teoria da separação de poderes, ou mais corretamente, a teoria da separação de funções (considerando que o poder é uno, e emana do povo, conforme previsto no parágrafo único do artigo 1º da Constituição Federal de 1988) tem origem na teoria do poder constituinte (de Emmanuel Joseph Sieyés, de 1789) e nas ideias de Montesquieu (1748), que foi adotada nos mais diversos países, difundindo-se nos séculos XVIII e XIX. No Brasil, o art. 2º da nossa Carta Magna estabelece que “são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

A finalidade da adoção dessa divisão de funções era limitar os poderes. Como afirmou o próprio Montesquieu, “para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o

poder limite o poder”<sup>1</sup>.

Assim, ficou estabelecido que a atividade legislativa, que estava voltada ao estabelecimento de normas gerais e abstratas de conduta, ficaria a cargo do Poder Legislativo. A atividade administrativa, incumbida de aplicar as leis para atender aos interesses da própria administração e, assim, gerir o Estado, passou a ser desempenhada pelo Poder Executivo. E a atividade jurisdicional, voltada ao “castigo dos crimes e ao julgamento das querelas entre os particulares”, nas palavras de Montesquieu, ficou a cargo do Poder Judiciário.

No entanto, àquela época, a visão negativa da magistratura era evidente:

Desta forma, o poder de julgar, tão terrível entre os homens, como não está ligado nem a certo estado, nem a certa profissão, torna-se, por assim dizer, invisível e nulo. Não se têm continuamente juízes sob os olhos; e teme-se a magistratura, não os magistrados [...] Dos três poderes de que falamos, o de julgar é, de algum modo, nulo. Restam apenas dois, e como esses poderes, e como esses dois têm necessidade de um poder regulador para moderá-los, a parte do corpo legislativo que é composta de nobres é bastante capaz para esse efeito. [...] Poderia acontecer que a lei, que é ao mesmo tempo clarividente e cega, fosse em certos casos muito rigorosa. Porém, os juízes de uma nação não são, como dissemos, mais que a boca que pronuncia as sentenças da lei, seres inanimados que não podem moderar nem sua força nem seu vigor.<sup>2</sup>

Nessa configuração, como se vê, o juiz passa a ser um mero aplicador da lei (*o boca da lei*). Ocorre que a aplicação irrestrita da lei ocasionou graves consequências, da qual a ilustração do holocausto é a mais significativa.

Mudanças no significado dos direitos fundamentais e em sua constitucionalização, ocorridas no século XX (fenômeno que será analisado a seguir), fizeram com que houvesse mitigação do princípio da legalidade. Nesse novo panorama, o juiz passou de mero

1 MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O Espírito das Leis*. Tradução Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 166.

2 MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O Espírito das Leis*. p. 169 e 175.

aplicador da lei, para aplicador ou intérprete de princípios e normas constitucionais. Àquela visão negativa de Montesquieu sobre o Poder Judiciário, como poder invisível e nulo, contrapõe-se uma nova visão, de garantidor de direitos.

Em um primeiro momento, pode parecer que essa mudança é sutil. Porém, a partir do momento em que as normas passam a ser editadas com uma textura mais aberta, com existência de conceitos indeterminados, cláusulas gerais, ou até mesmo princípios, a atividade de interpretação ganhou relevância.

Nesse novo sistema de freios e contrapesos, o Judiciário passa a atuar ora equilibrando (mediante correção de atos), ora interferindo (criando obrigações, ou colmatando a atividade legislativa). Com o objetivo de encontrar a harmonia do sistema constitucional, o Poder Judiciário, com essas novas atribuições, acaba interferindo, com mais frequência, nos demais Poderes, tanto sob o ponto de vista da interpretação legislativa, quanto sob o enfoque da implementação de políticas públicas.

A esse fenômeno alguns denominam de “crise” na teoria da separação dos poderes. Há quem afirme que, da forma em que concebida pela Estado Liberal, essa teoria é um “princípio decadente na técnica do constitucionalismo, em razão da dilatação dos fins reconhecidos pelo Estado, a partir do século XX, e da posição que deve ocupar para proteger, eficazmente, os direitos fundamentais”<sup>3</sup>. Conforme acentua Eduardo Cambi, o que importa considerar é que o princípio da separação de poderes não é um fim em si mesmo, e, assim, “somente se justifica se puder funcionar como instrumento de proteção dos direitos fundamentais”<sup>4</sup>.

Nesse horizonte interpretativo, o Poder Judiciário assume papel importante no cenário nacional. O princípio da inafastabilidade da jurisdição, que possibilita aos juízes conhecer de qualquer lesão ou ameaça a direito (art. 5<sup>a</sup>, XXXV da Constituição Federal), transforma os juízes em agentes diretos de questões sociais, que atuam através da reparação e reconstituição de direitos, em uma sociedade que a cada dia se apresenta mais complexa e fragmentada:

3 CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judicial*. 2<sup>a</sup> edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 176.

4 CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*. p. 184 e 194

Sem Estado, sem fé, sem partidos e sindicatos, suas expectativas de direitos deslizam para o interior do Poder Judiciário, o muro das lamentações do mundo moderno, na forte frase de A. Garapon. O *boom* da litigação, desde então, é um fenômeno mundial, convertendo a agenda do acesso à Justiça em política pública de primeira grandeza. Esse movimento, no seu significado e envergadura, encontrará antenas sensíveis nas instituições da democracia política, em particular no sistema da representação. Os políticos, diante da perda de eficácia e de abrangência dos mecanismos próprios ao *welfare*, e igualmente conscientes da distância, nas democracias contemporâneas, entre representantes e representados, passam a estimular, pela via da legislação, os canais da representação funcional. Por meio de suas iniciativas, a Justiça se torna capilar, avizinhando-se da população com a criação de juizados de pequenas causas, mais ágeis e menos burocratizados. A institucionalização das *class actions* generaliza-se, instalando o juiz, por provocação de agências da sociedade civil, no lugar estratégico das tomadas de decisão em matéria de políticas públicas, e a malha protetora do judiciário amplia-se mais ainda com a legislação dos direitos do consumidor<sup>5</sup>.

Quando se observa a natureza das causas que estão sendo resolvidas pelo Judiciário, especialmente aquelas que envolvem políticas públicas (na maioria das vezes, não implementadas pelo Executivo), torna-se possível compreender a dimensão dessa atuação.

Em uma rápida pesquisa ao repertório de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, tribunal constitucional do país, as mais recentes (anos 2018 e 2017) envolvem: suficiência de profissionais na área da saúde (RE 684612, com repercussão geral reconhecida), restauração de rodovias (ARE 1043740), atendimento em creche (RE 1076911), reforma de escola pública (ARE 928654), criação de vagas destinadas ao recolhimento de presos (ARE 919467), construção de unidades prisionais (ARE 1001496), alocação para a guarda de bens apreendidos (RE 851097), melhorias nas instalações e soluções

5 VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. *Dezessete anos de judicialização da política*. *Tempo Social*, revista de sociologia da USP, v. 19, n. 2, p. 40-41.

concretas para carência de pessoal no Ciep da Cidade de Deus (ARE 1062995), reassentamento em virtude de desalojamento (ARE 925712), adequação de espaço para socieducandas grávidas e lactantes (ARE 963663), realização de obras em estabelecimentos penais (RE 1026698), manutenção de escola (RE 958246), construção em encostas com risco de desabamento (RE 909943), construção de necrópole (ARE 1014959), transporte escolar (ARE 990934), acessibilidade de deficientes físicos em ambiente escolar (RE 877607).

Como se vê, o amplo leque de direitos que vem sendo reconhecido pelo Judiciário o torna alvo de muitas críticas. A principal é a de que essas decisões políticas somente seriam admissíveis em um sistema no qual os juízes fossem eleitos para mandatos fixos, ou seja, no qual pudessem ser responsabilizados por seus erros através de um controle regular da sociedade<sup>6</sup>. Essa “falta de legitimidade democrática”, que introduz nos sistemas representativos um elemento inadmissível, contramajoritário, desvirtuaria a função que as constituições desempenham nas sociedades pluralistas contemporâneas, considerando que, ao anular ou impugnar certas políticas públicas, os tribunais estariam “constitucionalizando”, de maneira indireta, um modelo de desenvolvimento concreto<sup>7</sup>.

Conforme acentua Paulo Bonavides, a aplicação intensiva e extensiva do princípio da proporcionalidade em grau constitucional em determinado ordenamento jurídico, para salvaguardar direitos fundamentais e frear a ação limitativa do Estado a esses direitos, por via das reservas de lei consagradas pela própria ordem constitucional, suscita o grande problema de equilíbrio entre o Legislativo e o Judiciário, de modo que um “inadvertido e abusivo emprego daquele princípio poderá comprometer e abalar semelhante equilíbrio”, do qual resulta o temor da instauração de um eventual “Estado de Juízes”<sup>8</sup>.

6 APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2005. p.74.

7 PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*. Madrid: Trotta, 2007, p. 89.

8 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 31ª edição. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 430.

O controle das leis, por meio do princípio da proporcionalidade deferido à judicatura dos tribunais, precisa, todavia, manter aberto e desimpedido o espaço criativo outorgado pela Constituição ao legislador para avaliar fins e meios, porquanto a determinação de meios e fins pressupõe sempre uma decisão política, não importa seja esta de conteúdo econômico, social ou jurídico-político<sup>9</sup>.

Conquanto não se almeje um “Estado de Juízes”, impõe-se considerar que outros fatores entram em jogo quando se judicializam questões de natureza política. As causas são diversas, e até mesmo é difícil sistematizá-las, o que se tentará neste trabalho, classificando-as em duas categorias: 1<sup>a</sup>) as que derivam de causas externas ao Judiciário e; 2<sup>a</sup>) as que são inerentes ao próprio Poder Judiciário e ao sistema constitucional.

Na primeira categoria, inclui-se a atuação, por vezes, ineficiente dos demais Poderes e a própria “crise” individual e social oriundas de uma sociedade cada vez mais complexa. Ou, nas palavras de Garapon<sup>10</sup>, o enfraquecimento do Estado e o desmoronamento simbólico do homem e da sociedade democráticos. Vejamos como isso se dá no contexto brasileiro.

O primeiro aspecto decorre da crise de legitimidade do Poder Legislativo. Conforme esclarece Marco Aurélio Marrafon<sup>11</sup>, a crise do Parlamento revela que os partidos políticos parecem ter perdido o controle da agenda política e do atendimento das demandas públicas, o que se percebe pela dificuldade de agregar e canalizar os votos recebidos de modo a organizar as lutas sociais com os objetivos de transformação. Dentre os fatores para essa crise, estariam a forma de acesso ao Poder Legislativo, no qual o sistema proporcional combinado com grande número de partidos e permissão de coligação tem sofrido severos questionamentos, e no próprio funcionamento da instituição em si, no âmbito do sistema político nacional.

9 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. p. 430.

10 GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Tradução Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 26.

11 MARRAFON, Marco Aurélio. *Hiperindividualismo, crise da democracia e o papel da jurisdição constitucional em um mundo sem limites*. In SARMENTO, Daniel (coordenação). *Jurisdição Constitucional e Política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 118-119.

No sistema constitucional brasileiro, o Legislativo desempenha inúmeras funções: da aprovação e controle do orçamento público à fiscalização dos recursos financeiros, chegando até mesmo a atuar como juiz em situações atípicas (a exemplo do *impeachment* do Presidente da República). No entanto, sua função típica é a de inovar legislativamente e, conforme ressalta Antônio Carlos Pojo do Rego, é necessário um Poder Legislativo capaz de administrar conflitos sociais, papel que exerce quando se reúne e evidencia a existência de conflitos sociais, econômicos, étnicos e culturais, cuja resolução se ambiciona por meios pacíficos. Nesse contexto, o papel último do Legislativo é produzir acordos, ao invés de boas leis, haja vista que as feitas hoje podem ser revistas amanhã. “Essa é uma abordagem diferente da visão constitucional de estudo das leis. As leis deveriam ser vistas, sob esse prisma, como frutos de tratativas políticas, acordos de paz celebrados entre partes em conflito”<sup>12</sup>.

No entanto, no sistema presidencialista de governo brasileiro, adotou-se o chamado “presidencialismo de coalizão”, que leva a uma condução da administração pública baseada na distribuição de postos administrativos (em especial nos ministérios e nos entes da administração pública indireta – Autarquias, Empresas Públicas e Agências Reguladoras), como forma de obter apoio da maioria do Legislativo:

Na verdade, acontece uma clara “troca” de cargos e empregos por apoio político entre o Presidente da República e os membros dos partidos políticos. O chefe do Poder Executivo faz concessões aos diversos partidos políticos que são representados por vagas na composição do ministério, na esperança de obter a maioria parlamentar. Esta esperança frequentemente se esvai na operação efetiva do processo político, aquilo que podemos chamar de “gerenciamento” da relação entre o Executivo e a sua suposta maioria parlamentar favorecida pela concessão de cargos. Trata-se

---

12 REGO, Antônio Carlos Pojo do. *O presidencialismo de coalizão e o Legislativo*. In PEIXOTO, João Paulo M. (organizador). Presidencialismo no Brasil: história, organização e funcionamento. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015, p. 62-63.

da tão referida “coordenação política” do governo<sup>13</sup>.

Com essa forma de composição política, permitindo ao Chefe do Executivo, de certa forma, “controlar a agenda política” para aprovar ou não matérias que são de seu interesse, e dotando-se este Poder da possibilidade de edição de medidas provisórias com força de lei, de nomear todos os cargos de juízes e ministros de tribunais superiores, bem como o de nomear dirigentes dos entes da administração indireta, além de ser o gerenciador da administração, verifica-se que o Poder Executivo tem se sobressaído em relação ao Poder Legislativo. Assim, o papel do legislativo, de elaborar acordos ou “boas” leis, com a rapidez que as mudanças sociais exigem, fica em segundo plano.

A eficácia de textos parlamentares é perturbada pelo jogo de alianças e de coalizões, o qual faz com que a lei deixe de ser expressão da vontade, para transformar-se na subtração de múltiplas negações. O compromisso anda de mãos dadas com termos frágeis e disposições ambíguas que não despertam discórdia. A lei torna-se um produto semiacabado que deve ser terminado pelo juiz<sup>14</sup>.

Isso, no entanto, não significa supremacia de um Poder sobre o outro, mas tão-somente, a aplicação do jogo democrático permitido pelo sistema.

Por sua vez, o Poder Executivo também não consegue dar efetividade às políticas que já estão previstas, e sequer àquelas que deveriam ser asseguradas conforme os ditames constitucionais, especialmente àquelas de natureza prestacional.

O espaço simbólico da democracia emigra silenciosamente do Estado para a justiça. Em um sistema provedor, o Estado é todo-poderoso e pode tudo preencher, corrigir, tudo suprir. Por isso, diante de suas falhas, a esperança se volta para a justiça. É então nela, e, portanto, fora do Estado, que se busca a consagração da ação política. O sucesso da justiça é inversamente proporcional ao descrédito que afeta as instituições políticas clássicas, causado pela crise de desinteresse e pela perda do espírito público. A posição

13 REGO, Antônio Carlos Pojo do. *O presidencialismo de coalização e o Legislativo*. p. 54.

14 GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia*. p. 41.

de um terceiro imparcial compensa o “déficit democrático” de uma decisão política agora voltada para a gestão e fornece à sociedade a referência simbólica que a representação nacional lhe oferece cada vez menos. O juiz é chamado a socorrer uma democracia na qual “um legislativo e um executivo enfraquecidos, obcecados por fracassos eleitorais contínuos, ocupados apenas com questões de curto prazo, reféns do receio e seduzidos pela mídia, esforçam-se em governar, no dia-a-dia, cidadãos indiferentes e exigentes, preocupados com suas vidas particulares, mas esperando do político aquilo que ele não sabe dar: uma moral, um grande projeto”<sup>15</sup>.

Assim, no dizer de Eugênio Facchini Neto, o direito torna-se uma “técnica de disciplina e orientação dos poderes públicos e da vida social”<sup>16</sup>, ou seja, tudo passa a ser submetido ao crivo do Judiciário. Desse modo, “quanto maior a possibilidade de se discutir, no âmbito judicial, a adequação ou não da ação governamental *lato sensu* em relação aos ditames constitucionais, maior será o grau de judicialização a ser observado.”<sup>17</sup>

O outro aspecto que leva à busca pelo Judiciário deriva de um fenômeno social: as sociedades não conseguem administrar a complexidade e a diversidade do mundo atual. Como esclarece Garapon, “o sujeito, privado das referências que lhe dão uma identidade e que estruturam sua personalidade, procura no contato com a justiça uma muralha contra o desabamento interior”. A crise de identidade, na modernidade, se evidencia especialmente pela delinquência. E conclui:

A instabilidade crescente dos laços familiares, a mobilidade profissional, a diversidade cultural, modificaram a demanda de justiça, o direito convertendo-se na última instância moral comum numa sociedade desprovida dela<sup>18</sup>.

15 GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia*. p. 47-48.

16 FACCHINI NETO, Eugênio. *O protagonismo do Judiciário no mundo contemporâneo e algumas de suas razões*. Revista Novos Estudos Jurídicos, vol. 23, n. 1 – jan-abr 2018, p. 89-90.

17 STREK, Lênio Luiz. *Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada*. Espaço Jurídico Journal of Law, vol. 17, n. 2 (2016), p. 724.

18 GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia*. p. 26-27 e 141.

Como consequência, os juízes passam a analisar mais os direitos próprios à personalidade (imagem, honra), sobre a liberdade (detenção), sobre a autonomia do indivíduo (direito à proteção/tutela) e sobre as relações familiares (guarda de filhos, assistência etc). Interesses que outrora eram solucionados espontaneamente pelos envolvidos, passam a ser desempenhados pelo juiz. A função tutelar da justiça, de se colocar no lugar de uma autoridade faltosa, se sobressai.

Ingeborg Maus fala em transferência do superego, decorrente da fuga da complexidade social: "A eliminação de discussões e procedimentos no processo de construção política do consenso, no qual podem ser encontradas normas e concepções de valores sociais, é alcançada por meio da centralização da 'consciência' social na Justiça"<sup>19</sup>.

Dessa forma, nessa primeira categoria de causas, a possível "crise" da teoria da separação dos poderes deve ser entendida em um contexto maior. Outros fatores, no entanto, devem ser levados em consideração, para a compreensão do fenômeno da judicialização, o que será feito a seguir.

### 3. A judicialização decorrente do constitucionalismo

Ao tratar sobre a teoria da separação de poderes, foi visto o momento em que o legalismo passou a dominar o direito. Porém, fazendo uma rápida digressão histórica, é possível distinguir três modelos teóricos ou paradigmas que se desenvolveram nos últimos séculos no direito europeu, conforme esclarece Luigi Ferrajoli<sup>20</sup>, e que são importantes para a compreensão do fenômeno da judicialização que hoje ocorre no Brasil: o paradigma jurisprudencial, o legislativo e o constitucional.

19 MAUS, Ingeborg. *Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na "sociedade órfã"*. Tradução de Martonio Lima e Paulo Albuquerque. Revista Novos Estudos, n. 58, novembro de 2000, p. 186.

20 FERRAJOLI, Luigi. *A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político*. Tradução de Alexandre de Araújo de Souza e outros. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 18-22.

O modelo jurisprudencial, ou pré-moderno, refletiu a experiência histórica do direito romano e do direito comum até a idade das codificações. Nele, o direito consistia em um patrimônio de máximas, de categorias, de princípios e de precedentes judiciais transmitidos pela cultura e pela prática jurisprudencial e doutrinária.

Com a codificação do direito, produto da Revolução Francesa, que teve início com o Código Civil de 1804 (seguido do Código Comercial de 1807, do Código Penal de 1809 e do Código de Processo Penal de 1810), iniciou-se o modelo legislativo. Como o próprio nome já indica, nesse modelo consolida-se o monopólio estatal normativo, com predomínio do princípio da legalidade. As normas existem muito mais pelo fato de que são produzidas do que, necessariamente, pelo seu conteúdo, ou seja, os aspectos formais da lei são mais importantes, ocasionando a separação entre direito e moral, validade e justiça e a possibilidade de existência de normas positivadas e injustas.

O terceiro modelo é o constitucional, no qual a validade das normas passa a ser considerada também pelo seu conteúdo, ou legalidade substancial (e não mais apenas a legalidade formal), o que leva à vinculação com os princípios e direitos constitucionalmente estabelecidos.

Nesse modelo, reconfigura-se o papel da Constituição: não importa se ela é uma técnica de poder ou técnica de liberdade, sua missão consiste em assegurar o respeito aos direitos fundamentais, e “quando ela institucionaliza o poder, ela o faz como um meio de orientar seu exercício para a proteção daqueles direitos. Com o constitucionalismo o poder foi domesticado a serviço dos direitos da pessoa humana através da constituição”<sup>21</sup>.

Esse constitucionalismo é denominado, por alguns, como neoconstitucionalismo. De acordo com Mauro Barberis<sup>22</sup>, o neoconstitucionalismo indica tanto a doutrina (normativa) da limitação do poder político, como as instituições positivas necessárias a essa limitação – em particular as constituições, e esse termo é fruto,

21 ILVA, José Afonso da. *Teoria do conhecimento constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 68.

22 BARBERIS, Mauro. *Neoconstitucionalismo*. Revista Brasileira de Direito Constitucional - N°7 - Jan/Jun 2006 - Vol.1.

sobretudo, do trabalho de alguns teóricos da Escola de Gênova.

Como observam Neto e Sarmento<sup>23</sup>, o neoconstitucionalismo envolve, simultaneamente, mudanças no tipo das constituições e dos correspondentes arranjos institucionais e alterações na teoria jurídica subjacente, que passa a ser associada a diversos fenômenos tanto no campo empírico como no da dogmática jurídica, dentre os quais relaciona: a) o reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância no processo de aplicação do Direito; b) rejeição ao formalismo e recurso mais frequente a métodos ou “estilos” mais abertos de raciocínio jurídico, como ponderação, tópica, teorias da argumentação etc; c) constitucionalização do Direito, com a irradiação das normas e valores constitucionais para todos os ramos do ordenamento; d) reaproximação entre o Direito e a Moral; e e) judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário.

O termo “neoconstitucionalismo” tem sido alvo de críticas. José Afonso da Silva<sup>24</sup> assevera que acrescentar o prefixo “neo”, que pretende sinalizar para o novo, não raro retrocede para o velho e superado, “mormente quando, no caso, a partir dele já se fala em Estado neoconstitucional”. Manuel Atienza<sup>25</sup> o considera ambíguo e, no mesmo sentido, se manifesta Ferrajoli, para quem esse termo não designa nem um sistema jurídico nem uma teoria do Direito, apenas representa um sinônimo de Estado liberal de Direito<sup>26</sup>.

Em razão disso, Ferrajoli<sup>27</sup> propõe a utilização da terminologia jusconstitucionalismo (ou constitucionalismo jurídico, ou Estado constitucional de direito, ou simplesmente constitucionalismo), em oposição ao Estado legal ou Estado legislativo de Direito (privado

23 NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. *Controle de constitucionalidade e democracia: algumas teorias e parâmetros de ativismo*. In SARMENTO, Daniel (org.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 95-96.

24 SILVA, José Afonso da. *Teoria do conhecimento constitucional*. p. 72-73.

25 ATIENZA, Manuel. *Dos versones del constitucionalismo*. Revista Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 34 (2011) ISSN: 0214-8676, p. 73-88

26 FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo principalista e constitucionalismo garantista*. Revista Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 34 (2011) ISSN: 0214-8676, p. 20.

27 FERRAJOLI, Luigi. *A democracia através dos direitos*. p. 19-20.

de constituição ou dotado de constituição flexível). José Afonso da Silva<sup>28</sup> diz ser preferível referir-se ao fenômeno como novo constitucionalismo, ou constitucionalismo contemporâneo, ou mesmo direito constitucional contemporâneo, terminologia que revela continuidade renovada<sup>29</sup>.

Assim, seguindo essa orientação, será adotado neste trabalho o termo constitucionalismo ou novo constitucionalismo.

Esse novo constitucionalismo teve como marco histórico, na Europa continental, o período do pós-guerra (pós 1945), especialmente na Alemanha e na Itália. A partir de 1970, as constituições de vários países passam a conter altos níveis de normas materiais ou substantivas que condicionam a atuação do Estado por meio da ordenação de certos fins e objetivos. No Brasil, foi protagonizado pela Constituição Federal de 1988.

A atribuição à norma constitucional do “status” de norma jurídica, superando o modelo até então vigente, que considerava a Constituição como um documento essencialmente político, e relegava importância ao papel do Judiciário, foi uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do século XX. Com o constitucionalismo, passou a ser premissa do estudo da Constituição o reconhecimento de sua força normativa, do caráter vinculativo e obrigatorio de suas disposições.

Com o avanço do direito constitucional, as premissas ideológicas sobre as quais se erigiu o sistema de interpretação tradicional deixaram de ser integralmente satisfatórias. Assim: (i) quanto ao papel da norma, verificou-se que a solução dos problemas jurídicos nem sempre se encontra no relato abstrato do texto normativo. Muitas vezes só é possível produzir a resposta constitucionalmente adequada à luz do problema, dos fatos relevantes, analisados topicamente; (ii) quanto ao papel do juiz, já não lhe caberá apenas uma função de conhecimento técnico, voltado para revelar a solução contida no enunciado normativo. O intérprete torna-se

28 SILVA, José Afonso da. *Teoria do conhecimento constitucional*. p. 72-73

29 Importante ressaltar que o “antigo” constitucionalismo, de fins do século XVIII, se caracterizou pela ideia de separação de poderes, garantia dos direitos dos cidadãos, crença na democracia representativa, demarcação entre sociedade civil e o Estado, e ausência do Estado no domínio econômico (Estado absenteísta (CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição*. 17ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, p. 219). Portanto, revela-se diferente do “novo” constitucionalismo, surgido no século XX.

coparticipante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis<sup>30</sup>.

O constitucionalismo propõe-se a superar o princípio da legalidade, pelo seu aspecto puramente formal, ao colocar os direitos fundamentais no epicentro axiológico da ordem jurídica, tornando intolerável, em nome da vontade exclusiva do legislador, a ocorrência de abusividades. No dizer de Eduardo Cambi, "estreitam-se os vínculos entre Direito e Política, na medida em que conceitos como os de razoabilidade, senso comum, interesse público etc. são informados por relações de poder". Além disso, novos direitos são incorporados:

A nova era de direitos é marcada pelas seguintes características:  
a) aumentam os bens merecedores de tutela (as meras liberdades negativas, de religião de imprensa etc. deram lugar aos direitos sociais econômicos, a exigir uma intervenção positiva do Estado);  
b) surgiram outros sujeitos de direitos, além do indivíduo (singular), como a família, as minorias étnicas e religiosas e toda a humanidade em seu conjunto; c) o próprio homem deixou de ser considerado em abstrato, para ser visto na concretude das relações sociais, com base em diferentes critérios de diferenciação (sexo, idade, condições físicas etc.), passando a ser tratado especificamente como homem, mulher, homossexual, criança, idoso, deficiente físico, consumidor etc.<sup>31</sup>

Com essa nova configuração de direitos, seria um contrassenso querer que o sistema legal positivasse todas as situações. Assim, a Constituição Federal apenas dá as diretrizes básicas para que esses direitos sejam assegurados, ficando a cargo do legislador ordinário estabelecer a forma como eles serão garantidos.

Deveras, nesse horizonte interpretativo, o controle de legalidade transmudou para controle da juridicidade, o qual se concretiza "através da análise da compatibilidade do conteúdo dos atos administrativos com

30 BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, número 9, março/maio/2007, ISSN 1981-1888, p. 9.

31 CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*. p. 37 e 39.

os princípios gerais do Direito, inseridos expressamente na Constituição ou dedutíveis de seu espírito”<sup>32</sup>.

Con quanto necessário esse controle de juridicidade, não se quer atribuir total responsabilidade pela condução das políticas ao Poder Judiciário. Há um âmbito no qual essa intervenção não se faz necessária, qual seja, as “questões políticas”, propriamente ditas que, conforme Paulo Bonavides, são aquelas que se alojam na faculdade discricionária, reservada aos poderes políticos, para ditar, por exemplo, “as medidas de política econômica, declarar a guerra, negociar a paz, estabelecer o regime tributário, decretar a intervenção nos preços e na moeda, regular as relações internacionais, promover o desenvolvimento”. Ainda, conforme Bonavides, “a esfera de controle material que fica, porém, com os juízes e os tribunais é tão somente a dos direitos individuais, não obstante a dimensão política e a relatividade que tais direitos tomaram nas vigentes concepções de Estado social”<sup>33</sup>.

No âmbito dessas “questões políticas”, de questões afetas à governabilidade, evidenciadas por medidas econômicas, relações internacionais, de segurança e de desenvolvimento, não deve haver interferência do Judiciário. Estariam no denominado poder discricionário, seja do Executivo, seja do Legislativo, embora não se descure de que esse poder, para ser devidamente legitimado, deve estar devidamente fundamentado no interesse público. Conforme assevera Juarez Freitas, “o controle do demérito ou dos vícios (omissivos ou comissivos) será sempre admissível e obrigatório, sem acarretar, à conta disso, o fenômeno da excessiva ‘judicialização da política’”<sup>34</sup>.

Nessa ordem de considerações, e levando em conta que cada um dos Poderes atue dentro de sua esfera de atribuição, não competindo ao Poder Judiciário imiscuir-se em questões “exclusivamente” políticas, conforme acentuado por Paulo Bonavides, o que leva à judicialização, até excessiva, da política?

32 MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. 2<sup>a</sup> edição. São Paulo: Dialética, 2004, p. 137

33 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. p. 330-331.

34 FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 5<sup>a</sup> edição. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 102.

É preciso considerar, inicialmente, que a judicialização da política é fenômeno típico dos Estados Sociais, visto que estes são, marcadamente, intervencionistas, de modo que, em caso de omissão do Estado-Administração ou do Estado-Legislator, o juiz constitucional assume o papel de implementar direitos sociais previstos constitucionalmente. E a Constituição Federal de 1988, ao estatuir em seu artigo 1º que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Social Democrático de Direito, confirma a adoção da intervenção maior do Estado nas relações sociais.

Para Luís Roberto Barroso, a legitimidade do Poder Judiciário para invalidar decisões originárias daqueles que exercem mandato popular derivam de dois fundamentos: o primeiro, de natureza normativa, decorre do fato de que a Constituição Federal atribui expressamente esse poder ao Judiciário, e especialmente ao Supremo Tribunal Federal. O segundo, de natureza filosófica, repousa no fato de que a jurisdição constitucional é produto tanto do constitucionalismo quanto da democracia, sendo possível que entre esses surjam tensões e conflitos aparentes. Nesse contexto, a Constituição deve desempenhar dois grandes papéis:

Um deles é o de estabelecer as regras do jogo democrático, assegurando a participação política ampla, o governo da maioria e a alternância no poder. Mas a democracia não se resume ao princípio majoritário. Se houver oito católicos e dois muçulmanos em uma sala, não poderá o primeiro grupo deliberar jogar o segundo pela janela, pelo simples fato de estar em maior número. Aí está o segundo grande papel de uma Constituição: proteger valores e direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos. E o intérprete final da Constituição é o Supremo Tribunal Federal. Seu papel é velar pelas regras do jogo democrático e pelos direitos fundamentais, funcionando como um fórum de princípios, não de política — e de razão pública — não de doutrinas abrangentes, sejam ideologias políticas ou concepções religiosas<sup>35</sup>.

35 BARROSO, Luís Roberto. *Retrospectiva 2008: Judicialização, Ativismo e Legitimidade Democrática*. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao\\_ativismo\\_legitimidade\\_democratica](https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica); acesso em 26/04/2018.

John Ferejohn<sup>36</sup> sustenta que os tribunais têm assumido novas e importantes posturas em relação ao Legislativo, através de três maneiras: limitando e regulando o exercício do poder parlamentar através da imposição de limites substanciais sobre o poder das instituições legislativas, se tornando crescentemente lugar de produção da política substantiva e fazendo com que os juízes estejam mais dispostos a regular a atividade política em si mesma por meio da construção e fortalecimento de padrões aceitáveis de comportamento dos grupos de interesse, dos partidos políticos, e dos mandatários eleitos e nomeados.

A primeira situação se dá pelo controle das leis e atos normativos, que, no Brasil, é exercido tanto pelos juízes de primeiro e segundo grau, quanto pelo STF<sup>37</sup> (considerado corte constitucional). A segunda, de produzir política substantiva, deriva também do sistema constitucional, que permite, pela aplicação de princípios e valores nela inseridos, implementar determinada política que, por sua omissão, viole, desproporcionalmente, algum direito fundamental ou social. O sentido da proporcionalidade, aqui, é estabelecido porque é ele que “determina ao Estado Democrático não agir com demasia, nem de maneira ineficiente, na consecução dos objetivos constitucionais”<sup>38</sup>. No terceiro aspecto, da construção e fortalecimento de padrões aceitáveis de comportamento, estaria, em princípio, a sindicabilidade dos motivos das escolhas políticas, ou seja, admite-se a discricionariedade pelas escolhas feitas, desde que elas estejam em conformidade com os princípios e normas constitucionais. Com isto, objetiva-se que as prioridades constitucionais sejam realmente levadas a sério.

Nesse contexto, o mesmo Autor<sup>39</sup> aponta duas causas para a

---

36 FEREJOHN, John. Judicializando a política e politizando o Direito. In ASENSI, Felipe Dutra; PAULA, Daniel Giotti de. *Tratado de Direito Constitucional: constituição no século XXI*. vol. 2, Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 709-710.

37 Uma das grandes discussões atuais é sobre o papel exercido pelo STF quando atua no julgamento penal de partes que possuem foro privilegiado. Julgamentos polêmicos envolvendo autoridades dos demais Poderes o colocam como alvo direto de críticas em razão da natureza das decisões proferidas. Além disso, não se pode esquecer que também exerce o controle concentrado de constitucionalidade, analisando questões que podem vir a ter força de lei perante outros tribunais e até perante a própria administração pública.

38 FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. p. 116.

39 FEREJOHN, John. *Judicializando a política e politizando o Direito*. p. 723.

judicialização. A primeira é uma “fragmentação crescente do poder no âmbito dos ramos políticos, o que os limita em sua capacidade de legislar, ou de ser o lugar onde a política efetivamente é formulada”. Ele o denomina de “*hipótese de fragmentação*”, ou seja, quando os ramos políticos não podem agir, as pessoas procuram soluções em outras instituições onde possam obtê-las, e os tribunais, com frequência, oferecem estes espaços. A segunda causa é a percepção de que os tribunais, pelos menos alguns, podem ser confiáveis para proteger uma ampla gama de importantes valores contra potencial abuso político. É que ele intitula de “*hipótese dos direitos*”. Assim, como os tribunais começaram a proteger direitos e liberdades individuais, além dos direitos de propriedade, a resistência à expansão da liberdade judicial diminuiu.

A legitimidade para discutir a judicialização da política é apontada por Luís Bolzan de Moraes, como uma consequência inescapável a um a um Estado que se apresenta como de bem-estar, mas que se executa como de mal-estar, especialmente o “mal-estar do projeto civilizatório moderno”, seja por seus desvios, seja como consequência de suas “crises ensejadoras de sua fragilização, desestruturação, incapacidade, seja, ainda, por seus próprios limites, decorrentes da fórmula de ‘colagem’ entre política de inclusão (democracia social) e economia de exclusão (capitalismo)”:<sup>40</sup>

Eugênio Facchini Neto destaca um outro aspecto que não costuma ser abordado, qual seja, a diversidade da extração social da magistratura. E explica:

Parcela significativa dos juízes contemporâneos, em várias partes do mundo, começa a ensaiar a possibilidade de serem porta-vozes não só da segurança dos que já têm, mas também da esperança dos muitos que ainda não têm, e que veem no Judiciário uma possibilidade de acesso a certos direitos a prestações do Estado, como cidadãos, e de fazer respeitar, pela sociedade, sua dignidade como seres humanos<sup>41</sup>.

40 MORAIS, José Luís Bolzan de. *As crises do estado e da constituição e a transformação do espaço-temporal dos direitos humanos*. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 60.

41 FACCHINI NETO, Eugênio. *O protagonismo do Judiciário no mundo contemporâneo e algumas de suas razões*. p. 91.

Os juízes, nessa mundialização, conforme bem observa Julie Allard e Antoine Garapon, constituem "o último estágio de uma mobilização que começa nos movimentos de defesa dos direitos do homem, baseada, de agora em diante, na perspectiva de que é através desta linguagem que deve apresentar as suas reivindicações políticas". E acrescentam: "Num enquadramento global, em que os modelos do legicentrismo e da pirâmide de normas deixam de fazer sentido, a instância judicial surge, então, cada vez mais, como uma 'instância paradigmática'"<sup>42</sup>.

Luís Roberto Barroso<sup>43</sup>, por sua vez, atribui a judicialização a outras causas, embora relacionadas. A primeira delas é o reconhecimento da importância de um Judiciário forte e independente, como elemento essencial para as democracias modernas. A segunda envolve certa desilusão com a política majoritária, em razão da crise de representatividade e de funcionalidade dos parlamentares em geral (visto no tópico anterior). E uma terceira seria que os próprios políticos preferem, muitas vezes, que o Judiciário seja a instância decisória de certas questões polêmicas, sobre as quais exista desacordo moral razoável na sociedade, evitando, assim, o próprio desgaste, a exemplo das uniões homoafetivas, interrupção de gestação ou demarcação de terras indígenas.

Efetivamente, quando se faz uma análise de alguns casos decididos pelo Supremo Tribunal Federal, verifica-se uma miríade de assuntos que, em princípio, deveriam ser regulados pelo legislador: demarcação de terras indígenas (o famoso caso do julgamento da Raposa Serra do Sol, no Estado de Roraima – PET 3388), a fidelidade partidária e a verticalização das eleições, a definição da possibilidade de pesquisas com células tronco-embrionárias (ADI 3510), a definição do início de vida para fins de aborto, dentre outros. Enfim, são temas que, em regra, apresentam dissenso (até mesmo moral) na sociedade, e acabam sendo analisados, do âmbito constitucional, pelo Judiciário,

42 ALLARD, Julie; GARAPON, Antoine. *Os juízes na mundialização: a nova revolução do Direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 2005, p. 39 e 41.

43 BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. In *Tratado de Direito Constitucional: constituição no século XXI*. vol. 2/ coordenadores Felipe Dutra Asensi e Daniel Giotti de Paula, 1<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 761-762.

que acaba fazendo as vezes de legislador.

Avulta, nesses casos, a impressão que muitas dessas questões são deixadas ao controle do Judiciário porque, para alguns partidos políticos, pode ser este um “poderoso instrumento nas suas lutas, praticamente sem custos políticos ou financeiros, de que podem se valer para tentar reverter derrotas na arena legislativa”<sup>44</sup>.

Nesse contexto, mais do que interpretar a lei, o papel do juiz constitucional acaba, por vezes, revelando-se mais colmatadora de lacunas legislativas que, por opção do próprio Parlamento, são “espinhosas” ou não possuem o justificado interesse na sua regulamentação. Ou seja, constitui uma tentativa de superar o *deficit* de legitimidade dos demais Poderes, especialmente quando se trata de implementar regras ainda não positivadas pela legislação infraconstitucional.

Assim, quando o Judiciário conhece dos atos legislativos que infringem a Constituição, em matéria de direitos individuais “traça limites eficazes à onipotência do Estado, desarmando-o, nos sistemas constitucionais, daquele poder soberano de impor aos governados uma vontade sem freios”<sup>45</sup>, como forma de também limitar os poderes absolutos do Estado.

Portanto, como assinala André Ramos<sup>46</sup>, a discussão sobre a legitimidade da Justiça Constitucional não se reporta à existência de instituições como o Tribunal Constitucional ou ao *judicial review*, e sim trata de discutir e ponderar acerca da extensão de sua atividade e respectiva (falta de) legitimidade no que tange a certas “intervenções”. Fixados esses parâmetros, deve-se rejeitar a ideia de que a judicialização da política seja uma questão de supremacia do Poder Judiciário sobre o Legislativo ou sobre o Executivo, e que sua causa seja, unicamente, a atividade “invasora” de seus magistrados sobre as políticas do país. Ao contrário, os juízes, longe de almejarem interferir na governabilidade do país, pretendem, tão-somente que os ditames

44 NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. *Controle de constitucionalidade e democracia: algumas teorias e parâmetros de ativismo*. p. 77.

45 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. p. 330.

46 RAMOS, André Tavares. *Paradigmas do judicialismo constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 60-61.

constitucionais sejam observados. Para isso, alguns parâmetros precisam ser estabelecidos, vistos a seguir.

#### 4. As novas atribuições do juiz no constitucionalismo

No sistema de freios e contrapesos do sistema democrático brasileiro, a atividade jurisdicional também encontra limites, de sorte que a decisão jurídica deve estar em consonância com as exigências constitucionais. O que isso significa?

Em primeiro lugar, significa que devem estar motivadas (exigência do art. 93 da Constituição Federal). Em segundo lugar, mais do que motivadas, elas devem estar, também, justificadas. E essa justificação tem que estar amparada, necessariamente, na Constituição (e na legislação infraconstitucional<sup>47</sup>), até mesmo porque, na análise que faz de um caso concreto, quando for para assegurar e preservar direitos fundamentais do cidadão e das minorias, atuará de forma contramajoritária, ou seja, contra o interesse das maiorias.

Isso exigirá do magistrado uma carga argumentativa suficiente para cumprir os requisitos da consistência e coerência<sup>48</sup> em relação ao sistema jurídico, e em relação à sociedade na qual a decisão surtirá efeito.

Por isso, importante relembrar as duas dimensões da função de juiz, trazidas por Julie Allard e Antoine Garapon: o *imperium*, ou seja, o poder de impor uma solução às partes, e a *jurisdictio*, isto é, a

---

47 O novo CPC, de 2015, estabelece, nos parágrafos primeiro a terceiro do art. 489, as hipóteses em que uma decisão judicial não pode ser considerada fundamentada, bem como a necessidade de justificação dos critérios de ponderação utilizados.

48 ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito: teoria da argumentação jurídica*. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino, 2<sup>a</sup> edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 143. Sobre o que se deva entender por consistência, esclarece que uma decisão satisfaz a esse requisito quando se baseia em premissas normativas (e também em pressupostos fáticos) que não entram em contradição com normas estabelecidas de modo válido, ou seja, não infringe o Direito vigente e se ajusta à realidade em termos de prova. Faz também a distinção entre coerência normativa e coerência narrativa: a primeira ocorre quando a norma pode ser subsumida sob uma série de princípios gerais ou de valores que, por sua vez, sejam aceitáveis, no sentido de que se configurem, quando tomados conjuntamente, uma forma de vida satisfatória. Já a coerência narrativa justifica crenças sobre um mundo que é independente de nossas crenças sobre ele. Resumindo: “a coerência é sempre uma questão de racionalidade, mas nem sempre uma questão de verdade” [p. 146-150].

capacidade de dizer o direito, os fundamentos. "O *imperium* põe em prática o carácter vinculativo do direito, a *jurisdictio*, por seu lado, tem a necessidade de convencer, de impor uma decisão coerente com normas e princípios. O primeiro procede do poder, a segunda advém da autoridade"<sup>49</sup>.

É na implementação de políticas que essa justificação tem sido mais requisitada: o Judiciário deve estar amparado em juízo de certeza de que aquela escolha não foi tomada por razões injustificadas. É o que Sérgio Moro<sup>50</sup> denomina reserva de consistência, ou seja, exige-se que o juiz demonstre "o desacerto do legislativo, que pretendeu desenvolver e efetivar a Constituição, apontando a solução mais adequada". Assim, o juiz teria que "munir-se de amplos dados empíricos, a fim de proferir a decisão adequada, conferindo a devida abertura à instrução processual, eventualmente com a requisição de informações de diversas entidades públicas", ou até valendo-se de informações de outras ciências não jurídicas.

Recentemente, a Lei n. 13.655, publicada em 25 de abril de 2018, trouxe alterações importantes na Lei de Interpretação às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei n. 4.657/1942). A reserva de consistência foi incluída no artigo 20, que agora exige tanto do administrador, quanto dos órgãos de controle e judicial, motivação que demonstre a "necessidade e adequação da medida imposta":

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas. [...] Art. 21. A decisão que, na esfera administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas. [...] Parágrafo único. A

49 ALLARD, Julie; GARAPON, Antoine. *Os juízes na mundialização*. p. 44.

50 MORO, Sérgio Fernando. *Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 91-96.

decisão a que se refere o caput deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.

Essa lei tornou obrigatório aos juízes, a partir de agora, avaliar a adequação das políticas adotadas e possíveis alternativas, além de indicar suas consequências jurídicas e administrativas. Como consignado anteriormente, agora, além de motivada, a decisão deve apontar a adequação das escolhas feitas pelo legislador e quais são as alternativas possíveis. Certamente isso implicará em uma nova maneira de aplicar o direito, eis que passa a exigir do juiz um conhecimento maior do contexto político e econômico dos entes estatais.

Por outro lado, verifica-se que a avaliação de políticas tem sido um tema cada vez mais referenciado no país. Também, recentemente, foi publicado, pelo governo federal, um Guia Prático de Análise *ex ante* de Avaliação de Políticas Públicas<sup>51</sup>, que apresenta orientações das principais etapas para o desenho, a implementação e análise de impactos de ações. Essas avaliações objetivam uma análise de custo-benefício das escolhas políticas e das ações implementadas. Porém, até então restrita ao Poder Executivo.

A importância de proceder a essa análise, conforme acentua Juarez Freitas<sup>52</sup>, reside no fato de que as políticas públicas não são meros programas episódicos de governo, mas sim políticas constitucionais de Estado que devem ser implementadas mediante programas eficientes, eficazes e justificados intertemporalmente, em conjunto com outros atores políticos.

E, certamente, o Poder Legislativo também é um ator político, de relevantíssima importância, que deverá participar desse processo e, para tanto, também é importante que seus atos também estejam sujeitos a avaliações.

51 Casa Civil da Presidência da República, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. *Avaliação de políticas públicas: guia prático de análise ex ante*. volume 1. Brasília: Ipea, 2018.

52 FREITAS, Juarez. *Direito fundamental à boa administração pública*. p. 43.

Nesse sentido, está em trâmite o Projeto de Lei do Senado de n. 488<sup>53</sup>, de 2017, que visa acrescentar três artigos à Lei Complementar n. 95, de 26/02/1998, que estabelece normas e diretrizes para encaminhamento de proposições legislativas que instituem políticas públicas, trazendo uma nova forma de avaliação: a avaliação prévia de impacto legislativo, onde conceitos como economicidade, efetividade, eficácia e eficiência ganham importância, incumbindo o projeto de indicar, de antemão, as alternativas para a solução do problema identificado, com respectiva previsão dos impactos econômicos e sociais, comparação de análise de custo-benefício, indicação da existência de prévia dotação orçamentária ou fonte de recursos, dentre outros.

A avaliação de impacto legislativo poderá minimizar possíveis falhas quando da concretização da ação estatal, além maximizar o retorno para a sociedade. A busca pela economicidade, efetividade, eficácia e eficiência são essenciais para propiciar melhor responsabilidade gerencial para a Administração Pública. Nesse contexto, ganha o Legislativo, que passa a contar com uma justificação maior para suas proposições, inclusive antevendo o cenário de impactos dessas escolhas, ganha o Executivo, que terá políticas públicas mais consentâneas com as realidades sociais e, ganha também o Judiciário, que terá maiores dados para avaliar, agora por força da Lei 13.655/2018, as adequações e consequências dessas escolhas políticas e, doravante, talvez até mesmo a diminuição da judicialização de questões políticas.

Nesse novo cenário, que impõe diversas avaliações, competirá ao juiz que avalia questões constitucionais e precisa agora justificar, consistentemente, sua decisão de determinar ou não a implementação de determinada política, fazer algumas perguntas, a exemplo das seguintes:

1. A norma em exame está em consonância com os ditames constitucionais?
2. Ela atende às prioridades constitucionais? As escolhas feitas pelo legislador são necessárias e adequadas? Que opções

53 SENADO FEDERAL. *Projeto de Lei n. 488/2017*. Disponível em <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/131852>; acesso em 03/05/2018.

de atuação tem/tinha o gestor público? (essa pergunta é oportunamente pertinente quando se avalia a conduta dos gestores no âmbito das ações de improbidade administrativa, para fins de determinar-lhes a responsabilidade).

3. Quais são as consequências jurídicas de implementar essa política? Ela poderá ser estendida para todas as pessoas na mesma situação?
4. Para responder à questão anterior: Que elementos são necessários para compreender o contexto governamental em que essa política poderá estar inserida (impacto no orçamento público, número de pessoas na mesma situação, existência de outra política pública que possa ser aproveitada etc.)?

São questionamentos que precisam ser feitos, de agora em diante, quando se tornar necessário analisar ações e consequências da omissão ou ineficiência dos órgãos dos demais Poderes.

Nessa ótica, o Judiciário perde sua responsabilidade unicamente retrospectiva (destinada a avaliar atos já praticados) e insere-se em uma ótica prospectiva, instado a realizar as finalidades políticas da Constituição, o que se faz, especialmente, pela determinação de implementação ou correção de políticas públicas que, doravante, passarão a ser avaliadas também pela sua eficiência, eficácia e economicidade:

Quanto à aplicação do Direito na atualidade, não pode o intérprete deixar de considerar a multiplicidade de relações que envolvem o funcionamento do Estado Contemporâneo, as suas carências e limitações e também a sua função primordial, que é fomentar o pleno desenvolvimento humano com qualidade de vida em todas as suas formas. Julgar com responsabilidade não é criar falsas e ilusórias expectativas para o jurisdicionado, mas sim reparar injustiças e garantir direitos fundamentais legítimos e factíveis em determinado tempo e lugar<sup>54</sup>.

Essas, portanto, são as novas atribuições do juiz constitucional: verificar a adequação das normas à Constituição, avaliar a necessidade

<sup>54</sup> BODNAR, Zenildo. A (des)judicialização das políticas públicas de saúde na Vara Federal Cível de Criciúma. *Revista Tempus Actas de Saúde Coletiva*. vol. 7, n. 1 (2013), p. 304

e adequação das políticas e as consequências de sua decisão no âmbito da governança pública.

## 5. Considerações finais

A teoria de separação de poderes (ou, mais propriamente, de funções) tal como prevista nos séculos XVIII e XIX está em crise, porque a constitucionalização dos direitos fundamentais ocorrida no século XX, questiona a própria legitimidade da lei que, doravante, mais do que sua eficácia puramente formal, precisa estar conformada à Constituição, o que significa limitação à discricionariedade ou liberdade do Legislativo, além de lhe impor determinados deveres de atuação para realização de direitos e programas constitucionais. Ao mesmo tempo, a Constituição estabelece os parâmetros para a atuação do Poder Judiciário, em especial no que tange ao controle de constitucionalidade (incidental e por via de ação direta), e condiciona a interpretação de todas as normas infraconstitucionais a ela.

Com isso, a desconformidade, que transborda para a abusividade, e que pode advir tanto de um agir excessivo, quanto de omissão, legitima a atuação do Poder Judiciário. Evidentemente que nem toda discussão política pode ser feita no âmbito jurisdicional, mas as questões, ainda que de natureza política, que venham a ameaçar ou lesionar direitos são, sim, sujeitas a esse controle.

Desta forma, a crítica que se faz à judicialização da política no Brasil, principalmente por não ser a instância majoritária que fixa, por meio das políticas públicas, os parâmetros para o desenvolvimento do país, não é coerente. Como visto, há diversas causas para a judicialização da política, algumas delas advindas do próprio sistema governamental, que atribui ao Chefe do Executivo grande poder, até mesmo sobre a direção da agenda política parlamentar, outras da própria crise da sociedade, além da legitimidade que a Constituição outorga aos seus juízes, nas mais variadas instâncias, de resguardar direitos fundamentais.

Isso não quer dizer, de outro lado, que esse controle possa ser realizado de qualquer maneira. A legitimidade da atuação jurisdicional deve ficar evidenciada através de uma decisão motivada, racionalmente justificável, e que anteveja, amparado em juízo de consistência, as consequências de se implementar ou não determinada política. Nesse cotejo, importante considerar as novas alterações trazidas pela Lei n. 13.655 e os questionamentos que, doravante, os juízes deverão levar em conta para avaliar os requisitos de adequação e necessidade dessas políticas. Almeja-se que este trabalho tenha conseguido traçar as linhas iniciais desse novo paradigma jurisdicional.

## 6. Referências

ALLARD, Julie; GARAPON, Antoine. *Os juízes na mundialização: a nova revolução do Direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 2005.

APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2005.

ATIENZA, Manuel. *Dos versones del constitucionalismo*. Revista Doxa, Cuadernos de Filosofia del Derecho, 34 (2011) ISSN: 0214-8676.

ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito: teoria da argumentação jurídica*. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino, 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

BARBERIS, Mauro. *Neoconstitucionalismo*. Revista Brasileira de Direito Constitucional - N°7 - Jan/Jun 2006 - Vol.1.

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito* (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, número 9, março/maio/2007, ISSN 1981-1888.

BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia*

*judicial: direito e política no Brasil contemporâneo.* In Tratado de Direito Constitucional: constituição no século XXI. vol. 2/ coordenadores Felipe Dutra Asensi e Daniel Giotti de Paula, 1<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. *Retrospectiva 2008: Judicialização, Ativismo e Legitimidade Democrática.* Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao\\_ativismo\\_legitimidade\\_democratica](https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica); acesso em 26/04/2018.

BODNAR, Zenildo. *A (des)judicialização das políticas públicas de saúde na Vara Federal Cível de Criciúma.* Revista Tempus Actas de Saúde Coletiva. vol. 7, n. 1 (2013).

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional.* 31 ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judicial.* 2ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição.* 17 ed. Belo Horizonte: Del Rey.

Casa Civil da Presidência da República, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. *Avaliação de políticas públicas: guia prático de análise ex ant.* vol 1. Brasília: Ipea, 2018.

FACCHINI NETO, Eugênio. *O protagonismo do Judiciário no mundo contemporâneo e algumas de suas razões.* Revista Novos Estudos Jurídicos. vol. 23, n. 1 – jan-abr 2018.

FEREJOHN, John. *Judicializando a política e politizando o Direito.* In Tratado de Direito Constitucional: constituição no século XXI. vol. 2/ coordenadores Felipe Dutra Asensi e Daniel Giotti de Paula, 1<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. *A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político*. Tradução de Alexandre de Araújo de Souza e outros. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo principalista e constitucionalismo garantista*. Revista Doxa, Cuadernos de Filosofia del Derecho, 34 (2011).

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 5<sup>a</sup> edição. São Paulo: Malheiros, 2013.

FREITAS, Juarez. *Direito fundamental à boa administração pública*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Tradução de Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

MARRAFON, Marco Aurélio. *Hiperindividualismo, crise da democracia e o papel da jurisdição constitucional em um mundo sem limites*. In SARMENTO, Daniel (coordenação). *Jurisdição Constitucional e Política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MAUS, Ingeborg. *Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”*. Tradução de Martonio Lima e Paulo Albuquerque. Revista Novos Estudos, n. 58, novembro de 2000.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O Espírito das Leis*. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. 2 ed. São Paulo: Dialética, 2004.

MORAIS, José Luis Bolzan de. *As crises do estado e da constituição e a transformação do espaço-temporal dos direitos humanos*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

MORO, Sérgio Fernando. *Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. *Controle de constitucionalidade e democracia: algumas teorias e parâmetros de ativismo*. In SARMENTO, Daniel (org.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*. Madri: Trotta, 2007.

RAMOS, André Tavares. *Paradigmas do judicialismo constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

SENADO FEDERAL. *Projeto de Lei n. 488/2017*. Disponível em <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/131852>;

REGO, Antônio Carlos Pojo do. O presidencialismo de coalização e o Legislativo. In PEIXOTO, João Paulo M. (organizador). *Presidencialismo no Brasil: história, organização e funcionamento*. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015.

SILVA, José Afonso da. *Teoria do conhecimento constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2014.

STREK, Lênio Luiz. *Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada*. *Espaço Jurídico Journal of Law*. vol. 17, n. 2 (2016).

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. *Dezessete anos de judicialização da política*. *Tempo Social. Revista de Sociologia da USP*, vol. 19, n. 2.



**Arlen José Silva de Souza**

Doutorando em Ciência Política pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS. Mestre em Direito pela Fundação Getúlio Vargas - FGV. MBA em Poder Judiciário pela Fundação Getúlio Vargas - FGV. Especialista em Direito Penal pela Universidade Federal de Rondônia/Universidade Federal de Minas Gerais. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Rondônia - Unir. Juiz de Direito do Tribunal de Justiça de Rondônia - TJRO. Professor Colaborador da Universidade Europea de Madrid. Professor da Universidade Federal de Rondônia e da Escola da Magistratura de Rondônia - Emeron. Coordenador da Pós-Graduação em Gestão Cartorária Judicial da Escola da Magistratura de Rondônia - Emeron e Membro do Comitê Científico da Revista Cadernos de Direito Actual de Santiago de Compostela/Espanha. Atuação profissional na área de docência no ensino superior nas disciplinas: Direito Penal, Direito Processual Penal, Execução Penal, Direito Eleitoral, Métodos Alternativos de Solução de Conflito e Prática Cartorária (CV-Lattes).



**Karla Caroline Pereira Dias**

Acadêmica do curso de Direito da Universidade Federal de Rondônia – Unir. Pesquisadora no Centro de Estudos Jurídicos da Amazônia – Cejam, atuando na Linha de Pesquisa “Direito e Políticas Públicas na Amazônia Ocidental”. Foi membro da Diretoria Executiva do Centro Acadêmico de Direito 5 de Outubro. Estagiária no Tribunal de Contas do Estado de Rondônia – TCE/RO.

## ENCARCERAMENTO EM MASSA: A GENEALOGIA DO MAL E O SISTEMA PENAL CONTEMPORÂNEO

Arlen José Silva de Souza  
Karla Caroline Pereira Dias

### RESUMO

A problemática do encarceramento em massa no Brasil deve ser discutida a partir das causas que dão origem à sua existência. O vertente artigo traz conceitos, interpretações e análises nietzschianas que enfocam a natureza do BOM e do MAU, harmonizado e solidificado na obra “Genealogia da Moral: Uma Polêmica”, de maneira que o marco teórico é concretizado na expressão “sob que condições o homem inventou para si os juízos de ‘bom’ e ‘mau’? E que valor têm eles?” (NIETZSCHE, 1998, p. 9). Além disso, trabalha-se na sintetização dos pensamentos de Eugenio Raúl Zaffaroni acerca da legitimidade e legalidade do sistema penal latino-americano, tratado na sua obra “Em busca das penas perdidas”, na qual o autor provoca e desconstrói a tentativa do discurso jurídico-penal de mostrar esse sistema como um exercício de poder planejado racionalmente. A justificativa deste trabalho considera a notoriedade do problema de encarceramento no Brasil, uma vez que o país possui a terceira maior população carcerária do planeta, com 726.712 mil pessoas privadas de liberdade, ou seja, 352 detentos para cada 100 mil habitantes, enquanto a taxa mundial é de 144 presos por 100 mil habitantes. Número crescente em aproximadamente 7% ao ano, segundo dados do INFOPEN (Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias), de dezembro de 2014 e junho de 2016. Ademais, 40% desses encarcerados são reclusos provisórios. Dessa forma, a política criminal brasileira deixa expressa uma tendência que caminha de encontro aos países que estão à sua frente no ranking referido, a saber: Estados Unidos e China, os quais já priorizam ferramentas que visam diminuir a população aprisionada. Ainda, verifica-se uma expressividade nas estatísticas,

no que tange ao perfil das pessoas encarceradas, sendo elas, em sua maioria, pessoas jovens (55%, até 29 anos), negras (64%), de baixa escolaridade (apenas 10% concluíram o ensino médio) e condição social. O trabalho relaciona, então, a origem e evolução histórica da moral, do castigo e da pena, sob a ótica do autor alemão, bem como a crítica do autor argentino à suposta seletividade do sistema penal, com a finalidade de vincular tais conceitos aos dados sobre o encarceramento no Brasil e suas características. Nas considerações finais, estão fixados pontos de convergência entre os pensamentos de Friedrich Nietzsche e Raúl Zaffaroni com a origem do drama social decorrente do aprisionamento maciço brasileiro.

**Palavras-chave:** Castigo. Pena. Moral. Sistema penal. Encarceramento.

## ABSTRACT

The problem of mass incarceration in Brazil must be discussed from the causes that give origin to its existence. This article presents Nietzschean concepts, interpretations and analyzes that focus on the nature of GOOD and BAD, harmonized and solidified in the work "On the Genealogy of Morals: A Polemic", so that the theoretical framework is concretized in the expression "under what conditions man invented for himself the judgments of 'good' and 'bad'? And what value do they have? " (NIETZSCHE, 1998, p.9). In addition, we work on synthesizing the thoughts of Eugenio Raúl Zaffaroni on the legitimacy and legality of the Latin American penal system, which is addressed in his book "In Search of Lost Sentences", which the author provokes and deconstructs the attempt of the criminal-legal discourse of show this system as a rationally planned exercise of power. The justification of the work takes into account the notoriety of the problem of incarceration in Brazil, therefore the country has the third largest prison population on the planet, with 726.712 thousand persons deprived of their liberty, that is, 352 inmates per 100 thousand inhabitants, while the world rate is

144 prisoners per 100,000 inhabitants. An increase of approximately 7% per year, according to INFOPEN (National Survey of Penitentiary Information), from December 2014 and June 2016. In addition, 40% of those incarcerated are provisional prisoners. In this way, Brazilian criminal policy expresses a trend that goes the other way from the countries that are ahead of them in the above-mentioned ranking: the United States and China, which already prioritize tools aimed at reducing the imprisoned population. Still, there is an expressiveness in the statistics regarding the profile of people incarcerated, most of whom are young people (55%, up to 29 years old), black (64%), low schooling (only 10% high school) and social status. The work relates the origin and historical evolution of morality, punishment and penalty, from the perspective of the German author, as well as the criticism of the Argentine author to the supposed selectivity of the penal system, with the purpose of linking such concepts to the data on imprisonment in Brazil and its characteristics. In the final considerations, are fixed points of convergence between the thoughts of Friedrich Nietzsche and Raúl Zaffaroni with the origin of the social drama resulting from the massive Brazilian imprisonment.

**Keywords:** Punishment. Penalty. Moral. Criminal system. Incarceration.

## 1. Introdução

Em 1887, Friedrich Nietzsche, célebre filósofo alemão, publica "Genealogia da Moral: Uma Polêmica", obra complementar a anteriormente lançada "Para Além do Bem e do Mal". Naquela, o filósofo apresenta tese sobre a origem do "bom" e do "mau/ruim". Para isso, procura entender o contexto da idade antiga e as diferenças entre as classes sociais existentes à época, bem como a origem etimológica das palavras.

Na primeira seção, é analisada a origem do castigo e da pena a partir dos conceitos de "bom" e "mau/ruim", bem como a questão da

imposição da dor e do sofrimento como punição de uma dívida ou prejuízo causado. Logo, fez-se necessário para o filósofo estabelecer conceitos de consciência, esquecimento e memória, e ainda definir e entender o papel da religião nesse cenário.

Os escritos de Nietzsche – mormente no que tange aos seus questionamentos de “sob que condições o homem inventou para si os juízos de ‘bom’ e ‘mau’? E que valor têm eles?” (NIETZSCHE, 1998, p.9) – nos valem como marco teórico de pesquisa bibliográfica.

Com efeito, adentra-se, então, no que Zaffaroni expõe acerca da legitimidade e legalidade do sistema penal latino-americano, sobretudo nas suas críticas ao discurso jurídico-penal quanto à forma como a estrutura é “contaminada” pela alegada seletividade, utilizando ainda artifícios para que a sociedade permaneça submissa e vigiada.

Após, introduz-se os dados atualizados sobre o encarceramento no Brasil, compilados no Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen, a partir do qual é possível encontrar pontos de convergência com aquilo previsto por Nietzsche e Zaffaroni, uma vez que a grande maioria dos aprisionados realmente possui um perfil vulnerável.

## 2. A genealogia da moral de Nietzsche

A princípio, é necessário que se entenda a linha de raciocínio que Nietzsche usou para propor sua tese da origem do “bom”, qual seja a ligação deste com a nobreza, isto é: um tipo superior de homem, aquele que é forte e poderoso, definiu seus próprios atos e a si mesmo como bom, impondo seu conceito de moralidade sobre aqueles homens fracos, plebeus e inferiores, que seriam os ruins.

Em busca da origem etimológica das palavras, o filósofo encontra algo que confirma o sentimento de superioridade dos homens nobres: a palavra “bom” significa em sua raiz alguém que é verdadeiro, real, veraz, transformando este conceito em sinônimo de nobreza. Já a palavra “mau” em sua origem significa alguém que é tímido, covarde, plebeu, comum.

Além disso, ainda nesse sentido maniqueísta, Nietzsche encontra na origem das palavras a contraposição entre homem negro e homem ariano:

O latim *malus* (ao qual relaciono μέλας [negro]) poderia caracterizar o homem comum como homem de pele escura, sobretudo como de cabelos negros (“hic niger est —”), como habitante pré-ariano do território da Itália, que através da cor se distinguia claramente da raça loura, ariana, dos conquistadores tornados senhores; ao menos o gaélico me oferece um caso correspondente— *fin* (por exemplo, no nome *Fin-Gal*), o termo distintivo da nobreza, por fim do homem bom, nobre, puro, originalmente o homem louro, em contraposição aos nativos de pele escura e cabelos negros. (NIETZSCHE, 1998, p. 22)

Estes homens superiores seriam aqueles que construiriam uma sociedade aristocrática fundamentada nas hierarquias, necessárias para diferenciar os homens. As características valorizadas de um homem bom eram o espírito guerreiro, a força física, e dessa forma eles poderiam sobrepor seus valores aos dos homens fracos. Outrossim, esse tipo de homem forte e nobre não reprimia suas vontades e instintos, e vivia a vida da forma mais prazerosa possível (BRAVOS, 2008).

De outro modo, a figura do homem fraco era caracterizada pela racionalidade, pela repressão dos seus instintos mais íntimos, pela insegurança e covardia, estas calcadas na necessidade de sobrevivência em ambientes hostis.

Nesse contexto, algo interessante acontece: os valores se invertem. Há “a transvaloração dos valores”, esse “fenômeno” consiste no ressentimento dos fracos ditando os valores da vida e definindo o que é bom e o que é mau (MARTON, 1996).

O advento do cristianismo explica que o homem fraco terá uma vantagem em seu sofrimento, enxergando este como um requisito para adentrar no Reino de Deus e, finalmente, ser recompensado com uma vida metafísica que se assemelha ao do seu agora inimigo: o nobre, o homem forte.

Portanto, nesse novo cenário, o nobre será visto como vulgar, pecador, e até esbórnio, quem não consegue conter os seus instintos, tendo inclusive sua intelectualidade caracterizada negativamente.

O homem fraco então ficará ressentido, uma vez que não possui condições para se tornar um homem forte e viver aquela vida desejada. Desse modo, conceituará a nobreza com a ideia de "mau", e consequentemente a si mesmo com a ideia de "bom". Atenta-se que de forma contrária acontece com os homens fortes, que primeiro definem a si mesmos como bons, e só após concebem a ideia do homem comum como ruim, conforme MARTON (1996, p. 53):

O escravo, o ressentido, o fraco, concebe primeiro a ideia de 'mau', com que designa os nobres, os corajosos, os mais fortes que ele – e então, a partir dessa ideia, chega, como antítese, à concepção de 'bom', que se atribui a si mesmo. O forte, por sua vez, concebe espontaneamente o princípio 'bom' a partir de si mesmo e só depois cria a ideia de 'ruim' como 'uma pálida imagem-contraste'. Do ponto de vista do forte, 'ruim' é apenas uma criação secundária, enquanto que para o fraco 'mau' é a criação primeira, o ato fundador de sua moral.

Ora, a partir desses rótulos detecta-se que aqueles que não são considerados "bons" sofrem penalidades por aqueles que assim não os consideram. Portanto, é preciso que se conheça como esses castigos são concebidos pelos "fortes" e "bons".

Superficialmente, pensa-se no castigo como consequência de uma quebra do código moral de uma comunidade, seja este código escrito ou não. O castigo teria então como base a moralidade. Para Nietzsche, no entanto, não é bem assim. O filósofo acredita que a origem do castigo está nas relações materiais, entre credor e devedor.

De acordo com esse conceito, o castigo aparece para reparar um mal sofrido, isto é, ocorre a compensação no caso de uma dívida que o devedor não pagou. Era justamente nesse sentido que nas antigas relações de troca de mercadorias ofereciam-se garantias que demonstravam a confiança do pagamento.

Tais garantias poderiam ser de qualquer espécie (casa,

instrumentos de trabalhos, cavalos, ou outros bens), mas as “melhores” delas sempre envolviam a submissão do devedor à dores físicas causadas pelo credor, que o humilhava e torturava, fazendo com que o sofrimento do devedor se equiparasse ao prejuízo do credor, que apesar de não ser sanado com essas torturas, era aliviado pelo prazer de infligir angústia àquele que causou o prejuízo.

Como justificativa para essa imposição da dor, Nietzsche traz a consciência, o esquecimento e a memória. A consciência é aquilo que faz a ligação entre o interior de um homem e o seu exterior, ela tem o papel de objetivar a seletividade quando simplifica informações, assimilando ou rejeitando-as no instante em que as processa, o que resulta na memória ou no esquecimento (SENATORE, 2008).

O esquecimento é algo necessário para que o ser humano possa absorver novas ideias, e assim renovar-se de tempos em tempos. Mas, nas relações de troca, necessário se faz a memória, uma vez que o indivíduo deve honrar a palavra e cumprir com seus acordos e compromissos. Essa memória fará com que o indivíduo seja digno de confiança, uma vez que deve ter a responsabilidade e a consciência para cumprir aquilo que promete.

Nesse contexto, se o homem tende ao esquecimento, é preciso a utilização de um mecanismo para que se grave algo na memória daquele sujeito, e como explicação traz que o que fica na memória são os dados significativos, pois não cessam de impactar o homem, por via de consequência essa marca causada na consciência é um registro que gera a memória (NIETZSCHE, 1998, apud SENATORE, 2008).

Fato é que para se criar essa memória, antigamente os alemães utilizavam meios horríveis de tortura e castigo, como apedrejamento, empalhamento, dilaceramento, deixar o criminoso literalmente às moscas, e etc. Sobre isso, (NIETZSCHE, 1998, p. 54) pontua:

Tornemos clara para nós mesmos a estranha lógica dessa forma de compensação. A equivalência está em substituir uma vantagem diretamente relacionada ao dano (uma compensação em dinheiro, terra, bens de algum tipo) por uma espécie de satisfação íntima, concedida ao credor como reparação e recompensa — a satisfação de quem pode livremente descarregar seu poder sobre um

impotente, a volúpia de “faire le mal pour le plaisir de le faire”, o prazer de ultrajar (...). A compensação consiste, portanto, em um convite e um direito à crueldade.

O castigo, desde o Mundo Antigo, é visto como festa, uma vez que a crueldade era sinônimo de prazer tanto daqueles que a infligiam, quanto daqueles que a assistiam, remontando muito bem aos espetáculos de massacres teatrais muito comuns antigamente, que se constituíam em eventos especialmente valorizados pela população.

É nesse sentido que as relações entre credor e devedor resultavam na prática do castigo sobre aquele que não cumpria o que fora previamente acordado, característica essa que se assemelha ao direito privado e se distancia do direito público, ou seja, da noção de pena aplicada exclusivamente pelo Estado.

No entanto, há de se fazer uma ligação entre as duas coisas. Mesmo que a noção de pena e sanção tenham evoluído para se tornar um instituto do Estado, ela prosseguiu guardando em si a fúria e a soberania da moral dos senhores, ou seja, do prazer em castigar. Não coincidentemente, a noção contemporânea de pena fora moldada pela nobreza, que instituiu o que era bom e o que era mau a partir do olhar sobre si mesmo.

Com o passar do tempo, todavia, a moral escrava (do homem fraco, comum) também começou a incidir sobre a pena. Aquele modo de vida repressivo e limitado passou a ser valorizado e a se tornar regra na sociedade, e para que isso ocorresse o cristianismo representou papel fundamental.

A força da religião foi tal, que se tornou inerente ao Estado, de forma que estabeleceu um parâmetro de vida e de moral baseado na contraposição da moral dos senhores. Ou seja, transformou o “bom” naquilo que é cristão, piedoso e não-egoísta, e foi dessa forma que ditou conceitos divinos de moral sobre o Direito.

De acordo com essa influência da religião, a finalidade da pena foi sendo alterada (ou abrangida) para que fizesse o infrator ter a consciência de que deveria se adequar às regras repressivas, segundo (BRAVOS, 2008, p.63):

Neste momento a pena urge como elemento fundamental para reprimir os instintos que inconvenientemente se manifestaram na sociedade. Dentre as suas inúmeras finalidades, a mais essencial será incutir o sentimento de culpa no infrator, fazer o criminoso pensar, criando nele uma consciência que o consuma pelo remorso. Em um sentido mais específico sua função será domesticar um homem diferente que não conseguiu se adaptar as regras repressivas da vida comum.

A finalidade do castigo adquiriu conceito amplo e indefinível, sendo impossível dizer ao certo o porquê de se castigar uma vez que todos os sentidos que ele atraiu ao longo do tempo se fundiram. No entanto, é possível reconhecer alguns elementos que mais se destacam e que foram essenciais para o método de castigo que hoje conhecemos (NIETZSCHE, 1998).

O castigo como aplicação de métodos cruéis ao infrator de normas é típico em sua finalidade de executar, torturar, isolar e humilhar, características essas que diferem do conceito contemporâneo de pena, cujo principal objetivo é ressocializar o criminoso. Tecnicamente, essa última intenção deveria ser a correta e exclusiva, mas de acordo com o panorama atual, ela tem sido usada como disfarce para a finalidade inicial do castigo: o prazer sobre o sofrimento do próximo.

O prazer do castigo complementa o desejo de vingança na aplicação das penas determinadas pelo Estado, coadunando-se para que o “inimigo” da sociedade sofra proporcionalmente (ou talvez até mais) ao prejuízo que causou. No entanto, para trazer essa questão para uma perspectiva mais local, a fim de constatar a plausibilidade, é importante verificar a visão latino-americana sobre a estrutura do sistema penal como um todo, como veremos a seguir.

### 3. O sistema penal contemporâneo

Na atualidade há uma discussão relevante acerca da legitimidade e legalidade do sistema penal. Há uma tentativa, chamada de “discurso jurídico-penal”, de mostrar o sistema penal como um exercício

de poder planejado racionalmente. Racionalidade seria, então, a coerência interna de tal discurso, bem como o seu valor de verdade quanto à nova operatividade social (ZAFFARONI, 1991).

Além disso, é necessário que o discurso jurídico-penal disponha de uma fundamentação antropológica básica com a qual possua uma relação de não-contradição, de forma que o exercício de poder do sistema penal a pressuponha quando do seu planejamento. Em síntese, faz-se mister que a positivação jurídica leve em consideração alguém que é capaz de se autodeterminar.

Ademais, além da possibilidade de uma construção crítica à coerência interna do discurso jurídico-penal a partir da fundamentação antropológica, é possível, também, fazê-lo a partir da presunção de não-contradição de seus enunciados entre si. (ZAFFARONI, 1991, p. 17):

Fica clara a negação da coerência interna do discurso jurídico-penal quando se esgrimem argumentos tais como: “assim diz a lei”, “a faz porque o legislador o que”, etc. Estas expressões são frequentemente usadas em nossa região e implicam a confissão aberta do fracasso de qualquer tentativa de construção racional e, por conseguinte, legitimadora do exercício de poder do sistema penal.

Todavia, ainda que um discurso jurídico-penal fosse antropoliticamente fundamentado e respeitasse a regra da não-contradição, este não estaria totalmente salvo, uma vez que sua irracionalidade poderia advir de sua realização social impossível ou absolutamente diferente do que fora programado.

Por quanto, fora estabelecido um “dever ser” na dogmática penal, são necessários dois níveis de “verdade social” para que tal padrão seja socialmente verdadeiro, quais sejam: a) o abstrato, isto é, a adequação de meio ao fim; e b) o concreto, que se traduz na adequação operativa mínima conforme o que fora planejado.

Uma vez não satisfeitos esses dois requisitos, o discurso jurídico-penal se transforma em socialmente falso, pois desvirtua toda a lógica presente no “dever ser”, de forma que um “ser que ainda não é” passará a ser um “ser que nunca será”. Destarte, o discurso torna-

se irracional, e, consequentemente, o exercício de poder do sistema penal é ilegítimo.

Partindo dessa falha, resta a existência de uma tentativa de suprir a legitimidade pela legalidade. Tais teorias – na vã tentativa de buscar um ponto de apoio legitimador no próprio processo de produção normativa – buscam legitimidade em uma ideia de “soberania” ou “norma fundamental”, o que pode acabar por alienar a sociedade (ZAFFARONI, 1991).

No entanto, antes de buscar a legitimidade, o sistema penal tenta chegar à legalidade: mas nem isso parece conseguir. Tal legalidade abrange fundamentalmente dois princípios, quais sejam o da legalidade penal, consistente na atuação do poder punitivo dentro dos limites planificados para a punibilidade, e o da legalidade processual, onde a estrutura do sistema penal procura criminalizar, dentro do que fora detalhadamente estabelecido, os autores de atos típicos, antijurídicos e culpáveis.

O autor assevera, porém, que a própria lei penal renuncia à legalidade através da exclusão – do discurso jurídico-penal – das institucionalizações manicomiais, dos menores, dos anciões, etc. Contudo, permite, por outro lado o exercício arbitrário do poder de sequestro, estigmatização, aprisionamento, inspeção, controle, buscas irregulares e afins, atuando à margem de qualquer legalidade punitiva.

No mundo ideal, o poder do sistema penal não seria tão somente transmitido via repressão, negativamente, e sim algo positivo, de modo que a repressão punitiva fosse apenas um limite ao exercício de poder. No entanto, essa repressão acaba por exceder-se numa realidade em que o controle social militarizado e verticalizado é atuante sobre a grande maioria da população. Tudo isso, feito de modo seletivo sobre os setores mais carentes da população, ou mesmo sobre aqueles que destacam-se pela sua “diferença” ao padrão posto.

Esse controle social militarizado dos órgãos do sistema penal molda a sociedade, que passa a submeter-se a uma vigilância interiorizada da autoridade, o que é feito, na maior parte das vezes, de forma inconsciente. Isso se mostra tão sutil que introduz na sociedade uma

falsa sensação de perceber o poder do sistema na sua totalidade. Para isso, os meios de comunicação em massa participam do processo de forma significativa, desde o começo da vida das pessoas.

A vigilância atua sobre qualquer conduta realizada em lugar público ou privado, mas se reflete perceptível quanto às condutas realizadas em público, o que reforça a seletividade do sistema penal, uma vez que alcança o segmento mais carente da sociedade que possui maior dificuldade em adquirir privacidade.

Com efeito, o sistema penal não guarda a legalidade do próprio sistema, isto é, mesmo que a planificação do exercício de poder penal fosse realizada com sucesso em sua totalidade, ocorreria uma catástrofe social em que se criminalizaria várias vezes todas as pessoas (ZAFFARONI, 1991, p. 27):

Diante da absurda suposição – não desejada por ninguém – de criminalizar reiteradamente toda a população, torna-se óbvio que o sistema penal está estruturalmente montado para que a legalidade processual não opere e, sim, para que exerça seu poder com altíssimo grau de arbitrariedade seletiva dirigida, naturalmente, aos setores vulneráveis. (...)

Seria, então, uma perversidade dos órgãos legislativos e executivos, os quais produzem esse sistema penal que visa o arbítrio seletivo de forma a controlar e operar sobre quem quiserem, e quando quiserem, dentro de uma aparente legalidade processual proclamada pelo discurso jurídico-penal.

Outrossim, a legalidade penal também é violada através de diferentes caminhos, como por meio da prolongada duração dos processos penais, o que acaba por causar, por exemplo, a proliferação de “presos sem condenação”; a nebulosidade e amplitude dos critérios legais e doutrinários para a quantificação das penas; bem como os limites incertos das tipificações, que levam em conta uma metodologia variável; e assim por diante.

Por fim, não é difícil verificar que o sistema penal não dá o exemplo da licitude que tenta controlar perante a sociedade, uma vez que seus próprios órgãos participam de atividades violentas e pouco

democráticas de forma escancarada, inclusive em violação aos direitos humanos, de forma a permanecer na marginalidade de si mesmo.

É nesse sentido que vem à lume o encarceramento em massa, algo que é claramente o reflexo do prazer de punir presente na sociedade, somado à seletividade da estrutura como um todo, causando uma superlotação de presídios e rotulação negativa de indivíduos, como será discutido na próxima seção.

#### **4. Encarceramento no Brasil**

Há de se perceber pontos convergentes nos discursos de Friedrich Nietzsche e de Eugenio Raúl Zaffaroni no que se refere ao tratamento que o Estado direciona a certos segmentos da sociedade quando da realização de tipos penais. Enquanto o primeiro traz a ideia do prazer do castigo e da pena como produto da soberania dos nobres, o segundo menciona a seletividade do sistema penal em punir a parcela, que acaba sendo a maioria, carente da população, ao tempo em que desvia os olhos das ilícitudes cometidas justamente no âmbito dos que detêm o poder criminalizador.

Dessa forma, cabe traçar um paralelo desses discursos com o que de fato ocorre no encarceramento brasileiro. Para isso, uma importante fonte de dados é o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen, atualizado em 2016, o qual é realizado pelo Departamento Penitenciário Nacional e compila as informações por meio de um formulário de coleta estruturado e preenchido pelos responsáveis de todos os estabelecimentos prisionais do país.

Destarte, tem-se que a população prisional no Brasil é de 726.712 pessoas privadas de liberdade, com um déficit de 358.049 vagas, dado que demonstra a superlotação carcerária existente. Mas, para além disso, o que por si só já é escandalizador, faz-se necessário conhecer o perfil desses detentos, bem como a natureza de seus aprisionamentos.

De acordo com o Infopen, 40% das pessoas presas até junho de 2016 ainda não haviam sido julgadas e condenadas, ou seja, tratam-se de presos provisórios em estabelecimentos prisionais, que ali se

encontram na precariedade das prisões cautelares, sejam essas temporárias, preventivas, ou resultantes das prisões em flagrante delito. Os locais de aprisionamento são medievais no que concerne aos comezinhos princípios que lastreiam a dignidade humana. Este fato se coaduna com o que fora citado anteriormente acerca do pensamento de Zaffaroni sobre a violação, pelo próprio sistema, da legalidade penal.

Ainda, a coleta de dados torna possível verificar que 55% da população prisional é formada por jovens, ou seja, aqueles que possuem de 18 a 29 anos. No entanto, esse dado se torna mais marcante quando se nota que essa mesma faixa etária representa apenas 18% da população total brasileira, de acordo com a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio de 2015.

Quanto à raça, cor ou etnia, o Infopen constata que os negros correspondem a 64% da população carcerária, sendo que a representatividade destes no Brasil equivale a 53%. Tal fato remete ao que Nietzsche observou acerca da origem etimológica das palavras “bom” e “mau”, na qual esta última, também interpretada como aquele homem “comum”, também poderia representar um homem “de pele escura”.

No que se refere à escolaridade, %51 dos privados de liberdade não tem o ensino fundamental completo. Indo mais além, %90 não possui o ensino médio completo, apesar desse segmento corresponder a 53,9% da população brasileira, segundo dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua, de 2017.

Verifica-se, assim, que está ocorrendo, no sistema prisional, uma representação maior de pessoas jovens, negras e de baixa escolaridade do que a verdade real brasileira, o que pode acabar por confirmar aquilo que Nietzsche e Zaffaroni previram acerca da marginalização e exclusão de pessoas carentes do âmbito da sociedade, resultado de uma estrutura criada e construída de modo a restringir o acesso à dignidade de pessoas que não podem oferecer tanto em troca à nobreza.

## 5. Considerações finais

Na Genealogia da Moral, Friedrich Nietzsche critica a moral vigente a partir da busca pela sua origem, mais especificamente do “bom” e do “mau”. Nesse estudo, Nietzsche conclui que a origem do “bom” vem da moral dos senhores, ou seja, dos nobres, os quais imputaram a si mesmo o conceito de boa moral, e consequentemente imputando aos seus opositores – isto é, homens fracos e plebeus – o conceito daquilo que é ruim. No entanto, o filósofo constata que esse conceito de moral é invertido, fazendo com que o ressentimento dos homens fracos impute a estes o conceito da boa moral, e aos senhores, de má.

É nesse sentido que Nietzsche traz também a origem do castigo e da pena, na qual, após reflexões, principalmente, acerca da aplicação do castigo como o prazer de observar o sofrimento, o filósofo conclui que apesar da moral dos escravos ter incutido um aspecto ressocializador e reformador na pena, o que prevalece atualmente é a moral dos senhores, que possui como característica a vingança, a qual se transforma em uma noção de que quanto mais prisões, menor a criminalidade.

Zaffaroni, então, traz a visão latino-americana sobre a legitimidade e legalidade do sistema penal, demonstrando como o discurso jurídico-penal peca em diversos pontos, quais sejam: carece de legitimidade, pois não está antropologicamente fundamentado e desrespeita a regra da não-contradição em si mesmo; tenta, pois, suprir a legitimidade pela legalidade a partir da ideia de soberania ou norma fundamental, acabando por alienar a sociedade.

O autor assevera ainda que o sistema penal não atua de acordo com a legalidade, ferindo tanto o conteúdo quanto a forma, pois, no exercício do poder punitivo, não observa os limites planificados para a punibilidade, e nem consegue criminalizar os autores de atitudes tipificadas. Ademais, é trazida a ideia de que o próprio desenho estrutural do sistema, feito para ser seguido à risca, é falho, pois um cenário em que este fosse cumprido perfeitamente seria caótico.

Enfim, após análise de estatísticas brasileiras acerca do encarceramento em massa, a opção pela massificação das penas de

reclusão reflete a utilização do direito penal como política pública, fugindo do escopo que a esse é intrínseco, o de ser a *ultima ratio*. Ademais, o encarceramento atinge os desvalidos em sua esmagadora maioria, conduzindo ao cárcere os jovens de baixa escolaridade, negros e sem acesso às políticas públicas de infraestrutura, corroborando do discurso Nietzsche e Zaffaroni, quando afirmam que serve o cárcere para limitar o acesso à dignidade do indivíduo.

## 6. Referências

BRAVOS, Eric Torres. *A Genealogia da Pena em Friedrich Nietzsche*. *Cadernos de Iniciação Científica*. São Bernardo do Campo, v. 5, p. 57-66, 2008. Anual. Disponível em: <<http://www.ojs.fdsbc.servicos.ws/ojs/index.php/CIC/article/view/622>>. Acesso em: jul. 2017.

IBGE. Diretoria de Pesquisas, Coordenação de Trabalho e Rendimento. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua 2016-2017*. Disponível em: <[https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101576\\_informativo.pdf](https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101576_informativo.pdf)>. Acesso em: jul. 2018.

MARTON, Scarlett. *Nietzsche: a transvaloração dos valores*. 4 ed. São Paulo: Moderna, 1996.

NACIONAL, Departamento Penitenciário. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOOPEN): Atualização – Junho de 2016*. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2016.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Genealogia da Moral: Uma Polêmica*. Tradução de Paulo Cézar de Souza. 11<sup>a</sup> reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

SENATORE, Rafaela Manzione. Introdução à moral, consciência e Direito Penal a partir da primeira e segunda Dissertação de Genealogia da Moral: Uma Polêmica, de Friedrich Nietzsche. Cadernos de Iniciação Científica, São Bernardo do Campo, v. 5, p. 121-129. Anual. Disponível em:<<http://www.ojs.fdsbc.servicos.ws/ojs/index.php/CIC/article/view/783>>. Acesso em: jul. 2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: A perda de legitimidade do sistema penal*. 5 ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991.



**Haruo Mizusaki**

Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos e Desenvolvimento da Justiça - DHJUS/Unir/Emeron. Especialista em Direito Tributário pela Universidade para o Desenvolvimento do Estado e da Região do Pantanal. Graduado em Direito pelo Instituição Toledo de Ensino. Graduado em Zootecnia pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho. Atualmente é Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia - TJRO. Professor da Escola da Magistratura do Estado de Rondônia (subcomarca de Ji-Paraná) e da Universidade Federal de Rondônia. Tem experiência na área de Direito (CV-Lattes).

## A POPULAÇÃO CARCERÁRIA FEMININA DO ESTADO DE RONDÔNIA: DE ONDE VIM, O QUE SOU E OS MEUS DIREITOS COMO MULHER

Haruo Mizusaki

### RESUMO

Este trabalho aborda o fenômeno relativo ao aumento da população carcerária feminina no sistema prisional brasileiro. Para fins de identificação do contingente de mulheres presas e análise do perfil, delimitou-se o estudo no caso de encarceramento feminino no Estado de Rondônia, utilizando como base inicial o Relatório InfopenMulheres, 2<sup>a</sup> edição. Publicado pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública e Departamento Penitenciário Nacional em 2017, a pesquisa revela dados sobre a população prisional feminina por Unidade da Federação. O estudo aponta que Rondônia contabiliza 721 mulheres privadas de liberdade, ocupando a 16<sup>a</sup> posição da lista. A pesquisa qualitativa foi realizada em duas etapas: a primeira adotou procedimentos metodológicos de base documental e bibliográfica com ênfase nos Direitos Humanos e Lei Maria da Penha; a segunda, de observação participativa, concentrou-se no levantamento de dados a partir de questionários e entrevistas na Penitenciária Feminina de Ji-Paraná - RO, com presidiárias que consentiram a participação. Como resultado, obteve-se, então, os seguintes dados: Estado de origem, faixa etária, cor ou raça, grau de escolaridade, estado civil, composição familiar, religião, condição socioeconômica (medida pelo salário mínimo vigente no Brasil), quantidade de filhos e orientação sexual. Tais informações possibilitam o tracejamento do perfil sociodemográfico da população feminina privada de liberdade nesse estabelecimento penal para análises e futuras propostas de atendimento aos seus direitos como mulher.

**Palavras-chave:** Mulheres. Encarceramento. Perfil. Direitos Humanos. Lei Maria da Penha.

## ABSTRACT

This paper has as its theme the phenomenon of the increase of the female prison population in the Brazilian prison system. For the purpose of identifying the contingent of female prisoners and analyzing the profile, the study was limited in the case of female imprisonment in Rondônia state, based on the InfopenMulheres Report, 2nd edition. Published by the Ministry of Justice and Public Security and the National Penitentiary Department, in 2017, about the female prison population per Unit of the Federation. The study reports that Rondônia counts 721 women deprived of freedom, occupying the 16th position of the list. The qualitative research was carried out in two stages: the first being the adoption of documental and bibliographical methodological procedures with emphasis on Human Rights and Maria da Penha Act; the second, participatory observation, focused on the collection of data from questionnaires and interviews at the Ji-Paraná Women's Penitentiary - RO, with inmates who consented to participate. As a result, the following data were obtained: State of origin, age, color or race, schooling, marital status, family composition, religion, socioeconomic condition (measured by the minimum wage in force in Brazil), number of children and orientation sexual. Such information enables the sociodemographic profile of the female population deprived of liberty to be traced in this penal institution for analyzes and future proposals to serve their rights as a woman.

**Keywords:** Women. Incarceration. Profile. Human rights. Maria da Penha Act.

## 1. Introdução

O sistema carcerário brasileiro tem sido um grande desafio para a Administração Pública. Organizações criminosas estão instaladas nas prisões e, do interior da unidade prisional, comandam a execução de crimes e movimentam cifras astronômicas. A população carcerária apresenta índices crescentes, talvez reflexo dos anseios sociais de que se vale do senso comum propalando um discurso que para melhorar a segurança é melhor manter o “bandido preso”. Externamente, o país vê-se obrigado a ter que cumprir protocolos internacionais por violação de tratados, convenções, pactos e regras internacionais de direitos humanos.

Este trabalho tem como base inicial o Relatório Infopen Mulheres, 2<sup>a</sup> edição, publicado pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública e Departamento Penitenciário Nacional, em 2017. Tal levantamento traz informações acerca da população prisional feminina, por Unidade da Federação. Rondônia contabiliza 721 mulheres privadas de liberdade, ocupando a 16<sup>a</sup> posição da lista.

A questão proposta, neste estudo, é verificar se os fundamentos da prisão das mulheres pelos crimes praticados justificam um tratamento diferenciado, justamente por elas estarem inseridas em um ambiente patriarcal e machista. A hipótese é de que a vontade de algumas mulheres para a prática de crimes não é totalmente livre, seja em favor de seus companheiros, ou até mesmo com eles, ou a favor de quem detenha um poderio sobre elas, em especial, de natureza econômica, emocional ou afetiva, e portanto, não deveriam ser penalizadas da mesma forma daquelas que apresentam circunstâncias diferentes.

A pesquisa qualitativa envolve adoção de procedimentos metodológicos de base documental e bibliográfica, com ênfase nos Direitos Humanos e na Lei Maria da Penha e observação participativa, com aplicação de 24 questionários e entrevistas feitas na Penitenciária Feminina de Ji-Paraná -RO, nos dias 17/12/2017, 14/01/2018 e 21/01/2018, com as presidiárias que concederam informações sobre: estado de origem, faixa etária, cor ou raça, grau de escolaridade, estado civil, composição familiar, religião, condição socioeconômica

(medida pelo salário-mínimo vigente no Brasil), quantidade de filhos e orientação sexual. A partir desses dados, traçou-se o perfil sociodemográfico da população feminina privada de liberdade nesse estabelecimento penal para análise e, possivelmente, apresentação de futuras propostas de atendimento aos seus direitos como mulher.

## 2. Mulher como vítima e como autora de crime

A Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) é fruto da adesão do Brasil aos Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos e, em especial, a Convenção sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres – CEDAW (1979) e a Convenção de Belém do Pará (1994). Estes são os dois mais importantes atos internacionais em defesa da igualdade da mulher e busca por fim à violência e a todas as formas de discriminação contra as mulheres.

Além da CEDAW (1979) e da Convenção de Belém do Pará, de 1994, o Brasil é signatário das Conferências Internacionais de Direitos Humanos (Viena, 1993), População (Cairo, 1994), e Mulheres (Beijing, 1995).

Os atos internacionais que versam sobre direitos humanos entram no ordenamento jurídico interno com *status* de norma supralegal, adquirindo, por sua vez, *status* constitucional se aprovados com *quorum* de emenda Constitucional (art. 5º, §§2º e 3º).

Esses tratados se fundamentam na condição histórica desfavorecida e inferiorizada das mulheres, tratando-as, de regra, como vítimas, conferindo a elas direitos e prerrogativas. Mas, quando vistas como autoras de infrações penais, verifica-se que o tratamento delas se equipara aos dos homens delinquentes, havendo os tratados pouca ou nenhuma eficácia em benefício das autoras de crimes, bem como desconsideram a condição peculiar de pertencimento ao sexo feminino. Em benefício delas, as Nações Unidas adotaram as “Regras de Bangkok” cujo objetivo é dar tratamento mais benéfico às mulheres infratoras.

Conforme declarou Luciano Elia<sup>1</sup>, historicamente, a questão do encarceramento era eminentemente masculina, a busca por igualdade das mulheres em relação aos homens é um fato recente. Isso a trouxe também para a prisão, mas com um agravante: a não adaptação do sistema prisional masculino para o feminino, desconsiderando peculiaridades relacionadas à sua diferença. A esse respeito, Elizabeth Jelin (1994, p.127) afirma que:

Uma das grandes contribuições do feminismo tem sido a profunda crítica e o desmascaramento dos suportes do paradigma dominante que coloca os homens (ocidentais) como ponto de referência universal, e que transforma as mulheres (e outros) em diferentes ou invisíveis. Ao fazê-lo, movimenta-se num espaço contraditório por um lado, a reivindicação por direitos iguais aos dos homens e um tratamento igualitário por outro, o direito a um tratamento diferenciado e a valorização das especificidades da mulher. Esse é um segundo conflito inevitável entre o princípio da igualdade e o direito a diferença. É importante reconhecê-lo pois estimula o debate e a criatividade e ajuda a evitar dogmatismos.

A igualdade de direitos conquistada pelas mulheres em relação aos homens, muitas vezes alegadas como argumento de defesa por alguns, é criticada devido ao fato dos direitos concedidos em benefício das mulheres estarem calcados em uma estrutura masculina, hierarquizada, patriarcal e assimétrica pré-existente, quando a igualdade se processa verdadeiramente na dinâmica das relações sociais e respeitando as diferenças.

### 3. A questão do “gênero” ou “relações de gênero”

Para o enfoque dos estudos, comparece a questão de gênero. Mas o que seria gênero ou relações de gênero? Maria Zelma de Araújo Madeira e Renata Gomes da Costa (2012, p. 80) afirmam tratar-se, não de “gênero”, mas de “relações de gênero”, cujo conceito está em

---

1 Em palestra proferida em Seminário em Cacoal-RO, no dia 23 de março de 2018.

construção. Para as autoras, com respaldo em Joan Scott, o conceito de gênero surge no momento em que as feministas contemporâneas “consideravam as teorias existentes para explicar as desigualdades entre homens e mulheres como insuficientes para definir a desigualdade”. O conceito relacional de gênero é qualificado pelo aspecto histórico, cultural, social e pelo poder. Portanto, é dialético, contraditório, dinâmico, variável no curso do tempo:

Diante dessa premissa, se comprehende que o machismo não é um atributo masculino, perpassando, assim, por toda a sociedade. As relações de gênero constroem e estruturam papéis e funções do que é ser homem e do que é ser mulher em uma mesma sociedade, historicamente esses papéis construíram e fomentaram relações desiguais, quando se deposita valor numa suposta superioridade masculina e numa suposta inferioridade feminina, sobressaindo a violência de gênero. “E a realidade não é nem um pouco cor-de-rosa”<sup>2</sup> A violência contra mulher é determinada por aspectos sociais e culturais que definem e legitimam lugares, direitos, deveres e papéis diferenciados para mulheres e homens, embasando a desigualdade de gênero presente historicamente na sociedade contemporânea. (MADEIRA; COSTA, 2012, p. 86-7) (grifos das autoras).

Sob a ótica das relações de gênero, não é simplesmente concedendo direitos que se estabelece a igualdade. Conceder direitos é uma visão estática. Quando se analisa sob o aspecto das relações de gênero a isonomia funciona não somente estabelecendo direitos, mas também analisando como se processa, sob o aspecto dinâmico, esses mesmos direitos entre os gêneros.

O art. 7º, da Lei n. 11.340/2006, traz cinco formas de violência doméstica e familiar contra a mulher. Mas em outros dispositivos, a lei faz menção a “situação de violência” o que amplia o conceito de violência para incluir outros aspectos que não se enquadram nesse conceito, como ocorre, por exemplo, com o patriarcado, fator cultural que impõe a dominação masculina, hierarquiza os membros da família e impõe a subordinação feminina. Nesse aspecto, salienta Renata Alves da Silva que:

2 Trecho retirado da música Rosas da Atitude Feminina (informação das autoras).

As pesquisas sobre relações de gênero permitiram dar visibilidade às mulheres e problematizar os padrões pré-estabelecidos nas construções sociais e culturais, com bases no sistema patriarcal, que centraliza o poder nas mãos dos homens. Nessas construções são observados casos de culpabilização da mulher pela agressão sofrida por parte de seus companheiros, transferindo para as vítimas as responsabilidades que neste caso, pertence aos algozes. [...] O patriarcado surge como uma categoria de análise nesta pesquisa, tanto para demonstrar as construções sociais que tendem a definir os papéis sociais e os controles dos corpos femininos, quanto diante da superioridade masculina que minimiza a mulher no mundo privado e doméstico. (SILVA, 2016).

Tendo como fundamento as relações de gênero, desenvolveu-se este trabalho sobre o encarceramento feminino no Estado de Rondônia, especificamente, na Penitenciária Agenor Martins de Carvalho, em Ji-Paraná-RO.

#### **4. Cenário do Sistema Prisional no Estado de Rondônia**

Segundo dados do Infopen Mulheres 2017, em junho de 2016, constava no país 726.712 pessoas detidas, sendo 42.355 mulheres, representando 5,83% a população carcerária feminina nacional em relação à masculina. No Estado de Rondônia, havia 10.832 pessoas encarceradas nos estabelecimentos prisionais, sendo 721 o número de mulheres, equivalendo a 6,66% da população carcerária estadual, o que significa dizer que a Justiça Rondoniense prende mais mulheres. A taxa média nacional de aprisionamento, cresceu de 6,5 mulheres para um grupo de 100.000 mulheres para 40,6 pessoas para cada grupo de 100.000. Os dados mostram, ainda, que o crescimento da massa carcerária feminina foi de 656% no Brasil, e da masculina, no mesmo período, de 293%. O aumento da taxa de encarceramento por grupo de 100.000 habitantes foi de 525% para a massa carcerária feminina. Em comparação com os cinco países que mais encarceram, o Brasil teve um crescimento de 455%, Tailândia 14%, Estados Unidos 18%,

China 105% e Rússia decréscimo de 2%. A parcela significativa atual é representada em razão do tráfico de drogas (64%).

## 5. Perfil das condenadas da penitenciária de Ji-Paraná-RO

Para o levantamento dos dados, foram despendidos três dias para aplicação de questionário semiestruturado e gravação de entrevistas: 17/12/2017, 14/01/2018 e 21/01/2018. A escolha da Unidade Prisional se deu em razão do pesquisador residir no município de Ji-Paraná-RO, localidade da Penitenciária Feminina Agenor Martins de Carvalho. No planejamento inicial pretendia-se realizar a aplicação dos questionários considerando a tipologia dos crimes. Contudo, a proposta foi descartada tendo em vista que mais de 95% estavam detidas por tráfico de drogas. Aplicou-se, assim, questionário, acompanhado de entrevistas gravadas, a 24 presidiárias. Quatro das entrevistadas optaram pela não gravação, sendo assim, suas respostas foram anotadas no questionário.

Observou-se que 62% delas são nativas do Estado, as demais, em sua maioria, são originárias de outros Estados da Federação, mas já estavam radicadas no Estado há anos. Os índices indicam que o problema prisional feminino é local e tem estreitas relações com o tráfico de drogas. Uma pequena minoria veio para Rondônia (Entrevistada nº 17) especificamente em busca de drogas, indicando possível rota do tráfico interestadual. Esse percentual encontrado é indicativo, pelas nossas análises, de falhas nas políticas públicas voltadas à educação, ao trabalho e renda, dentre outros fatores que possam dar condições plenas de vida com dignidade humana para as mulheres que aqui nasceram ou já fixaram raízes. A Declaração Universal dos Direitos Humanos/DUDH (ONU, 1948) estabelece a proteção universal dos direitos humanos, sendo o Brasil signatário dela. Assim sendo, educação, saúde, trabalho, moradia, etc., são considerados direitos humanos evidenciados na Constituição Brasileira (1988) como direitos sociais que devem ser respeitados.

Os dados revelaram que mais da metade das entrevistadas,

quatorze (14), de um grupo de vinte e quatro (24), são consideradas jovens, na faixa etária entre 18 e 29 anos de idade. Muitas das encarceradas foram criadas pelo padrasto, madrasta, avós, tios, parentes, ou somente pelo pai ou pela mãe. A carência afetiva paterna ou materna é evidente (a Entrevistada n.º 04 apenas abraçou sua mãe quando da visita à prisão aos 19 anos), bem como o ódio sustentado contra algum deles, ou outro parente estranho ao seio familiar, por fazerem delas vítimas de violência, abusos sexuais, desprezo e abandono (a Entrevistada nº 17 demonstrou ódio e vontade de matar).

O referencial da função paterna e materna, fator necessário à formação do caráter e de uma estrutura sólida, psiquicamente saudável, que internalize valores sociais, parece estar ausente nos primeiros anos de vida. E ainda que tenham sido criadas dentro de uma família, com o pai e a mãe, é realmente questionável se a família era funcional e equilibrada (Entrevistada nº 04). Aliado a isso, existe a condição de pobreza econômica familiar, pois os dados revelam que essas famílias sobreviviam com menos de um salário-mínimo e meio, para alimentar várias pessoas na mesma casa.

A pesquisa revelou que quando somamos os quantitativos de mulheres pardas e pretas, alcançamos o percentual de 83%, em oposição aos brancos 17%. Comparando esses dados raciais com os do Infopen 2016, no âmbito nacional, a população carcerária feminina negra era de 62%, em oposição à população branca (37%) e amarela (1%). Não podemos preocemente dizer que a justiça brasileira encarcera mais negros que brancos, porque essa análise deve estar atrelada aos aspectos ético-raciais da sociedade brasileira, quando se sabe que a maioria é de origem negra. A respeito dessa problemática, estudos do IBGE assinalam pela exclusão da pergunta sobre a questão racial pelo fato da resposta necessitar de interpretação do que se entende por negro, preto e pardo (Estudos do IBGE). Inclusive esse problema foi constatado, por ocasião das entrevistas, com as prisioneiras que desconheciam a sua origem racial e não sabiam responder sobre a sua própria cor, ficando várias vezes na dúvida, havendo inclusive receio de se autodeclararem pardas, talvez por preconceito, preferindo o termo “morena”.

Sobre o nível de escolaridade das entrevistadas, a maioria mal possui o ensino fundamental completo. Do total das entrevistadas (24), 16 nem chegaram a iniciar o ensino médio, e somente duas haviam iniciado o curso superior, mas não concluíram. Dados do Infopen Mulheres 2016 indicam que 45% tem ensino fundamental incompleto; 15% concluíram o ensino fundamental; 17% ensino fundamental incompleto; 15% concluíram o ensino médio; 2% possui ensino superior incompleto; 1% concluiu o ensino superior. Desse grupo, 2% se declaram analfabetas e 3% alfabetizadas por meios informais. Se somarmos o percentual de mulheres que não chegaram a iniciar o ensino médio, conclui-se que o baixo nível escolar das prisioneiras entrevistadas é semelhante ao índice nacional (65%).

Sobre os estudos, de acordo com o Instituto Unibanco – Gerência de Gestão do Conhecimento (RONDÔNIA, 2017), temos:

Assim como a responsabilidade pela casa, o trabalho está presente desde cedo na vida de muitos jovens. Alguns acumulam a dupla jornada de estudos e trabalho e outros deixam de estudar para apenas trabalhar. [...], vê-se que, entre os adolescentes rondonienses de 15 a 17 anos – idade em que o estudo é obrigatório –, 19,6% estão fora da escola (8% trabalham e 11,6% não trabalham nem estudam), mais de 30% trabalha (22,2% conciliam o trabalho com os estudos e 8% se dedicam exclusivamente ao trabalho) e 58% conseguem se dedicar exclusivamente aos estudos. Na faixa etária dos 18 aos 24 anos (idade que equivale ao estudo universitário), apenas 27,9% dos rondonienses seguiram estudando (13,2% apenas estudam e 14,7% estudam e trabalham). Quase a metade dos jovens desta faixa etária já se dedica exclusivamente ao trabalho (45,9%) e, somados aos que conciliam estudo e trabalho (14,7%), esta realidade chega a 60,6%. Os que não estudam e não trabalham somam 26%. Dentre os jovens de 25 a 29 anos (idade que equivale a uma pós-graduação), apenas 3,9% conseguem continuar seus estudos com dedicação exclusiva, outros 9,8% conciliam os estudos com o trabalho. Mais da metade da população jovem nesta faixa etária (25 a 29 anos) dedica-se ao trabalho exclusivamente (61,47%), enquanto que ¼ da população (25%) não estuda nem trabalha.

A fim de conferir se os dados desta pesquisa refletiam o contexto estadual, identificou-se que o tema sobre a educação merece especial atenção. De acordo com a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Brasileira – (Lei 9.394/1996), Título I, art. 1º, a educação deve abranger os processos formativos que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais. Observa-se nesse aporte legislativo (LDB-9.394/96) o mesmo que Zuin (2015) defende sobre o conjunto de técnicas, consequentemente, aquele conjunto que valoriza a educação ampliada para além das técnicas informacionais, porque a ideia é o acesso pleno dos cidadãos a todas as manifestações do mundo vivido. É o mundo vivido que permite ao indivíduo o acesso ao espaço social de participação, cujo objetivo é o fomento da arena pública onde cidadãos privados se constituem como esfera pública para debater questões e influenciar os processos de decisões políticas (ZUIN, 2017). Nesse sentido, as políticas educacionais podem contribuir com as aspirações de se ter uma educação verdadeiramente voltada em privilegiar o cidadão e torná-lo dono da própria vida, ou seja, no âmbito educacional, devemos questionar como pressionar para que as políticas públicas de ingresso, permanência, participação cidadã, possam reverter o terrível quadro de inserção de jovens, tanto homens como mulheres, no mundo do crime.

O Brasil é signatário do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Decreto 591/92), que estabelece no art. 13, expressamente, que a educação deverá visar ao pleno desenvolvimento da personalidade humana, de sua dignidade, fortalecer o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais, capacitar todas as pessoas a participar efetivamente de uma sociedade livre, favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e entre todos os grupos raciais, étnicos ou religiosos e promover as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz. Por sua vez, o art. 10, item “f”, da Convenção Internacional sobre Erradicação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher dispõe que os Estados-Partes adotarão todas as medidas apropriadas para eliminar

a redução da taxa de abandono feminino dos estudos e a organização de programas para aquelas jovens e mulheres que tenham deixado os estudos prematuramente. Não se pode afirmar que o Poder Público está cumprindo o mínimo necessário em relação às políticas públicas voltadas para a educação feminina.

No tocante ao estado civil, em resposta ao questionário, 24 das entrevistadas da pesquisa, uma disse que estava “ficando” com uma pessoa. Não se forçou o enquadramento desse *status* a uma das categorias já existentes, procurando-se respeitar a resposta dada, até porque se trata de uma expressão comum entre os jovens hoje. Verificamos que o perfil das entrevistadas da pesquisa se aproxima dos dados deste Estado. Para as encarceradas temos: amasiadas, 10; casadas, 6; solteiras, 4; divorciada, 1; outros, 3. Segundo o relatório Infopen 2016, na pesquisa nacional, 62% se declararam solteiras, 23% em união estável, 9% casadas, 2% divorciadas, 2% separadas judicialmente, e 2% viúvas; e para o Estado de Rondônia, temos 31% solteiras, 49% em união estável, 16% casadas, 2% divorciadas e 2% viúvas.

Trazemos aqui uma descrição interessante para os referidos dados. De acordo com documento divulgado no Relatório sobre mulheres encarceradas no Brasil (2004), desenvolvido pelos Centro pela Justiça e pelo Direito Internacional (CEJIL), Associação Juízes para a Democracia (AJD) Instituto Terra, Trabalho e Cidadania (ITCC), Pastoral Carcerária Nacional (PCN/CNBB), Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD), Centro Dandara de Promotoras Legais Popular; Associação Brasileira de Defesa da Mulher, da Infância e da Juventude (ASBRAD), Comissão Teotônio Vilela (CTV), Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), com apoio do Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM) e do Programa para a América Latina da International Women's Health Coalition (2004, p. 5-6):

No caso do encarceramento feminino, há uma histórica omissão dos poderes públicos, manifesta na completa ausência de quaisquer políticas públicas que considerem a mulher encarcerada como sujeito de direitos inerentes à sua condição de pessoa humana

e, muito particularmente, às suas especificidades advindas das questões de gênero. Isso porque, como se verá no curso deste relatório, há toda uma ordem de direitos das mulheres presas que são violados de modo acentuado pelo Estado brasileiro, que vão desde a desatenção a direitos essenciais como à saúde e, em última análise, à vida, até aqueles implicados numa política de reintegração social, como a educação, o trabalho e a preservação de vínculos e relações familiares.

O Relatório Infopen (2017, p. 35) aponta que, no Brasil, "entre esta população, destaca-se a concentração de pessoas solteiras, que representam 60% da população prisional, seguindo a tendência observada em levantamentos anteriores. As pessoas em união estável ou casadas representam, por sua vez, 37% da população prisional".

Para Lopes, Mello e Argimon (2010, p. 3), um fator importante que foi associado significativamente com o uso de drogas, e que aumentaram a probabilidade de desenvolver a dependência química é o estado civil, sendo que as mulheres solteiras tiveram mais chances de apresentar uma dependência do que as casadas. Bem como, as encarceradas que possuíam familiares que tinham história de uso de drogas/álcool também apresentam uma maior probabilidade de desenvolver a dependência por drogas. Este dado mostra a importância fundamental da família no desenvolvimento psíquico das mulheres, quem sabe, de qualquer ser humano.

Sobre a estrutura e composição familiar, consideramos que este tópico foi um dos mais desafiantes para catalogar, as entrevistadas na medida em que o próprio conceito do que se deveria entender por família variava entre elas. A falta de planejamento familiar é evidente. Falar em família envolve sentimentos e emoções profundos. Todas choravam quando o assunto abordava a família, seja por abandono, carência ou por ódio, seja pela saudade das pessoas queridas, em especial os filhos. Ao serem questionadas sobre suas famílias, as entrevistadas ficavam, simplesmente, constrangidas e até preferiam desdenhar ao ter que falar sobre o tópico.

Não há um modelo ou uma direção para se classificar as famílias, o que revela o acerto daqueles que afirmam que as famílias são

plurais. Tentar traçar um perfil do passado familiar de cada uma das prisioneiras seria praticamente impossível, porque cada uma tem a sua própria família, a sua história e com grande mobilidade e instabilidade.

Segundo Pizzi (2012), no texto *Conceituação de Família e seus diferentes arranjos*:

Assim, como o gênero é uma construção social, a instituição familiar é um de seus maiores difusores. Dessa forma, a socióloga italiana Chiara Saraceno nos mostra que a família é um dos lugares privilegiados de construção social da realidade, ela constitui o material de que se constroem os arquétipos sociais, os mitos. A família é também um dos atores sociais que contribuem para definir as formas e sentidos da própria mudança social. De acordo com a autora, devemos considerar a “família como o espaço histórico e simbólico no qual e a partir do qual se desenvolve a divisão do trabalho, dos espaços, das competências, dos valores, dos destinos pessoais de homens e mulheres, ainda que isso assuma formas diversas nas várias sociedades” (SARACENO, 1997, p.14).

A instituição familiar possui significados diversos, dependendo da classe social, da idade e do sexo dos indivíduos. Possui também desigualdades no seu interior, como as diferentes hierarquias e as relações de poder entre os membros (PIZZI, 2012):

Posto isto, o IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) define família como “um conjunto de pessoas ligadas por laços de parentesco ou dependência doméstica que vivessem no mesmo domicílio, ou, pessoa que vivesse só em domicílio particular” (GOLDANI, 1993, p.78). Considera também “todo conjunto de no máximo cinco pessoas, que vivessem em domicílio particular sem estarem ligadas por laços de parentesco ou dependência doméstica” (GOLDANI, 1993, p.78). Dessa forma, Ana Maria Goldani mostrará também que o modelo de família brasileira está associado à presença de parentes, a um sistema hierárquico e de valores no qual se destacaria a autoridade paterna e do homem sobre a mulher, a monogamia, e a legitimidade da prole.

A Constituição Federal de 1988, no art. 226 e §§3º e 4º, traça uma diretriz do que se deve entender por família, base da sociedade, que tem proteção especial do Estado, reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, e também a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. A essa diretriz se agrega o conteúdo da decisão do Supremo Tribunal Federal levada a efeito na ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132-RJ, de 05.05.2011, da relatoria do Ministro Ayres Britto, que reconhece a união poliafetiva como entidade familiar.

O tema sobre família levanta questões acerca da proteção familiar que essas presidiárias receberam do Poder Público, nos termos do que disciplina o art. 23.1 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos ou o art. 226 da Constituição Federal de 1988.

Sobre a religião e a condição socioeconômica das encarceradas, no Infopen Mulheres 2017, não foi feito levantamento abordando a questão religiosa entre as prisioneiras. Como resultado do perfil levantado das encarceradas na Penitenciária de Ji-Paraná temos: 42% declararam-se evangélicas; 17% católicas; 8% outras religiões e 33% declararam não possuir religião. A religião não será tratada aqui como elemento espiritual, mas como instrumento de controle social, embora muitos não acreditam nessa função.

Zaffaroni e Perangeli (1997), ao descrever as formas de controle social, destacou que: "O controle social se exerce, pois, através da família, da educação, da medicina, da religião, dos partidos políticos, dos meios de massa, da atividade artística, da investigação científica, etc."

A condição socioeconômica das encarceradas de Ji-Paraná-RO, segundo os dados coletados, aponta que mais da metade das prisioneiras sobreviviam com menos de 01 salário-mínimo. Trata-se de uma renda variável, já que a maioria exercia trabalho informal. Do total, 25% declararam receber até ½ salário-mínimo; 33% afirmaram receber de ½ a 1 salário; 25% disseram que recebiam de 1 a 1 ½ salário-mínimo; e 17% afirmaram receber mais de 1 ½ salário. A população carcerária feminina é composta, em sua maioria, de pessoas de baixa renda. E aliado ao fato de que quase a totalidade estavam detidas

por tráfico de drogas, que não deixa de ser uma via espúria de obter renda, há que se observar que talvez seja uma manifestação de revolta contra um sistema dominante e excludente (Foucault, 1975), que segregava as pessoas de baixa renda.

Quanto à situação das encarceradas com filhos, identificamos que o sistema carcerário é historicamente masculino e as regras desse modelo prisional foram adaptadas para a situação feminina, o que constituiu um erro, dadas as peculiaridades deste gênero. Das entrevistadas, 21% declararam não ter filhos; 17% informaram possuir um (1) filho, percentual que coincide para o grupo das que tinham dois (02), três (03) e quatro (04) filhos; para o grupo das que tinham cinco (05) ou mais filhos correspondia a 13%. Estes percentuais não destoam daquelas informações constantes do Infopen 2016 nacional.

Entre os eixos que compõem uma análise sobre a relação entre a infraestrutura prisional e a capacidade de assegurar os direitos básicos da mulher presa, encontra-se a questão do exercício da maternidade no ambiente carcerário (INFOOPEN MULHERES, 2016, p. 29). Nesse sentido, são contemplados pelo levantamento os dados relativos à existência de celas adequadas para gestantes, além da existência de berçário, creche e centro de referência materno-infantil.

Conforme salientou o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Ricardo Lewandowski, Presidente do Conselho Nacional de Justiça, na apresentação das Regras de Bangkok, por ocasião em que ocupava a Presidência:

As mulheres em situação de prisão têm demandas e necessidades muito específicas, o que não raro é agravado por históricos de violência familiar e condições como a maternidade, a nacionalidade estrangeira, a perda financeira ou o uso de drogas. Não é possível desprezar, nesse cenário, a distinção dos vínculos e relações familiares estabelecidos pelas mulheres, bem como sua forma de envolvimento com o crime, quando comparados com a população masculina, o que repercute de forma direta as condições de encarceramento a que estão submetidas.

Segundo dados do Infopen (2016, p. 39) nacional “dada a baixa representatividade da amostra coletada, não é possível extrair conclusões para a totalidade da população prisional no Brasil. No entanto, a amostra identificou que 53% dos homens privados de liberdade não têm filhos, enquanto entre as mulheres, 74% tem pelo menos 1 filho.

O Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria, no dia 20/02/2018, o HC n. 143.641, pela concessão de *habeas corpus* coletivo em favor de mulheres presas gestantes, ou na responsabilidade de filhos de até 12 anos de idade ou de incapaz, estendendo o mesmo benefício às adolescentes em condições semelhantes, para substituir a pena de prisão por prisão domiciliar enquanto durar a situação.

Se a relação entre a presidiária e seu filho é considerada uma entidade familiar, base da sociedade e com proteção especial do Estado (art. 226, §4º, da Constituição Federal), a falta de atenção pelo Poder Público constitui grave violação de Direitos Humanos, nos termos do art. 23.1, do Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos (Brasil, Decreto 592/2012) e art. 10.1, do Pacto Internacional Sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (BRASIL, Decreto 592/1992).

A orientação sexual das prisioneiras é outra informação importante para entendermos as relações humanas nos presídios. Um dado ausente no Infopen Mulheres, de junho de 2016, diz respeito aos grupos homossexuais (ou bissexuais). Esses dados são importantes para proteção e atendimento das peculiaridades e necessidades específicas desse grupo minoritário. O levantamento sobre a orientação sexual junto às prisioneiras apresentou que 29% se declararam homossexuais, e 8% bissexuais. De acordo com Varella (2017) em entrevista para Fernando Cavalcanti:

O comportamento homossexual entre as presas é muito mais abrangente do que aparenta no início. Isso leva tempo para perceber. Porque essas relações femininas são mais sutis. Na cadeia de homens você percebe que alguns presos são notadamente homossexuais. Mesmo que não sejam travestis, são homossexuais, andam com outro homem que você sabe que é o marido dele. Na cadeia feminina não. Entre elas as relações adquirem uma outra

dinâmica. Um número muito grande de presas tem comportamento homossexual, é a maioria esmagadora! Gira em torno de 80%, talvez até mais.

Para Barcinski (2012, p. 437), “entender a relação homossexual pautada primordialmente no afeto corrobora a imagem do feminino atrelada ao cuidado e ao empenho na manutenção de relações afetivas”. Gilligan (1982, apud Barcinski) sugere que a “ética do cuidado”, que caracteriza as mulheres, é centrada na atenção às necessidades do outro e à preservação dos relacionamentos afetivos. Também focada no afeto como dimensão essencialmente feminina, Miller (1986) afirma que a mulher constrói a sua identidade servindo aos outros, desenvolvendo a ideia de que a sua vida deve ser guiada pelos desejos, necessidades e vontades daqueles ao seu redor.

## 6. Considerações finais

A análise do perfil das presidiárias da Penitenciária Feminina de Ji-Paraná, desde a sua família de origem até a família a qual se encontra inserida, quando da prática da infração penal, revelou haver grave violação de Direitos Humanos. Ausência de políticas públicas de proteção e orientação à família, considerada a base da sociedade, do Estado e da formação do sujeito, como pessoa autônoma e socialmente responsável, a deficiência de uma política que proporcione a melhoria da renda, e ausência de políticas educacionais, em total prejuízo das estruturas emocional e psicológica, constituem um conjunto violador das regras internacionais de Direitos Humanos, o que as aproxima da criminalidade, em especial ao tráfico de drogas, talvez uma forma inconsciente de se revoltar contra um sistema dominante e excludente (Foucault, 1975), que segregava, controlava e punia as pessoas de baixa renda.

Uma vez na prisão, não poucas vezes coagida, ou premida por questões emocionais, psicológicas e financeiras, em relação a terceiros, se deparam como uma estrutura prisional despreparada para atender as questões peculiares femininas, constituindo novas

violações de Direitos Humanos.

Todas as entrevistadas foram questionadas ao final o que pretendiam fazer ou quais eram suas expectativas quando sair da prisão. Algumas não souberam o que fazer. Mas as que responderam, afirmaram sempre estarem ligadas a alguma coisa que não tiveram durante a vida antes do cárcere: família, educação e trabalho.

## 7. Referências

BARCINSKI, Mariana. *Expressões da homossexualidade feminina no encarceramento: o significado de se “transformar em homem” na prisão*. Psico-USF, Bragança Paulista, v. 17, n. 3, p. 437-446, set./dez. 2012, p. 437-446.

BRASIL, Ministério da Justiça. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*. INFOOPEN Mulheres, 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 132/RJ. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 11 jun. 2018.

BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional - DEPEN. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias* - INFOOPEN Mulheres. Organização: Thandara Santos. Colaboração: Marlene Inês da Rosa et. al. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. 2017. Disponível em: [http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres\\_arte\\_07-03-18.pdf](http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf). Acesso em: 30 jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 143.641/SP. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>. Acesso em: 11 jun. 2018.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para assuntos

jurídicos. *DECRETO No 592, DE 6 DE JULHO DE 1992*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm), Acesso em: 27 jul. 2018.

BRASIL. *Lei 9394-1996*. Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional. Disponível em: <https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/.../lei-de-diretrizes-e-bases-lei-9394-9>. Acesso em: 3 jul. 2018.

CAVALCANTI, Fernando. *Prisioneiras: 80% das detentas têm comportamento homossexual nos presídios brasileiros*. Disponível em: <http://www.umoutroolhar.com.br/2017/07/prisioneiras-80-das-detentas-tem-comportamento-homossexual.html>. Acesso em: 13 jul. 2018.

CUNHA, Rogério Sanches e PINTO, Ronaldo Batista. *Violência doméstica (Lei Maria da Penha): Lei n. 11.340/2006. Comentada artigo por artigo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2007.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: Nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramalhete, 42 ed. Petrópolis, RJ, Editora Vozes, 2014.

GOMES, Luiz Flávio. *A impunidade generalizada no Brasil*. Disponível em: <http://www.ipclfg.com.br/artigos-do-prof-lfg/a-impunidade-generalizada-no-brasil/>. Acesso em: 13.07.2018.

IBGE. *Panoramas*. Cidade. disponível em: <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/ro/panorama>. Acesso em: 08.07.2018.

JELIN, Elizabeth. *Mulheres e Direitos Humanos*. Tradução: Irene Giambiagi. Estudos feministas. Ano 02, 1º semestre de 1994, p. 117-149. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/viewFile/16293/14834>, acessado em 05.07.2018.

LOPES, Regina Maria Fernandes; MELLO, Daniela Canazaro de; ARGIMON, Irani I. de Lima. *Mulheres encarceradas e fatores associados*

*a drogas e crimes.* Ciênc. Cogn. vol.15 no.2 Rio de Janeiro ago. 2010. Disponível em: [http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1806-58212010000200011](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-58212010000200011). Acesso em: 10 jul. 2018;

MADEIRA, Maria Zelma de Araújo e COSTA, Renata Gomes da. *Desigualdades de Gênero, Poder e Violência: uma análise da violência contra a mulher.* O público e o privado - Nº 19 - Janeiro/Junho – 2012, p. 79-99.

OEA. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Relatório 54/01. Caso 12.051, Maria da Penha Maia Fernandes, Brasil, 4 de abril de 2001.* Disponível em: <https://cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>. Acesso em: 26 jul. 2018.

RONDÔNIA. *Panorama dos Territórios.* Observatório da Educação de Rondônia. Disponível em: [https://observatoriodeeducacao.org.br/wp-content/uploads/2017/03/Panoramais\\_RONDONIA.pdf](https://observatoriodeeducacao.org.br/wp-content/uploads/2017/03/Panoramais_RONDONIA.pdf). Acesso em: 13 jul. 2018.

VARELLA, Drauzio. *Prisioneiras.* São Paulo: Companhia das Letras, 1<sup>a</sup> ed., 2017.

ZAFFARONI, Raul Eugênio e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro.* Parte Geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.



### **Adolfo Theodoro Naujorks Neto**

Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos e Desenvolvimento da Justiça

- DHJUS/Unir/Emerson. Especialista em Direito Penal pela Universidade Federal de Rondônia e em Direito Público pela Fundação Getúlio Vargas - FGV Direito/RJ. Possui graduação em Direito pelo Centro Universitário da Grande Dourados. Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia. Titular da 4ª Vara de Família e, atualmente, Juiz Auxiliar da Corregedoria-Geral de Justiça. Professor do Centro Universitário São Lucas com experiência na área de Direito, com ênfase em Direito de Família (CV-Lattes).

## ATIVISMO JUDICIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA

Adolfo Theodoro Naujoks Neto

### Resumo

As uniões homoafetivas passaram a ser uma realidade social, a evolução da sociedade e a constante luta pela superação de preconceitos no tocante à orientação sexual, em busca por respeito e reconhecimento de direitos com base nos princípios constitucionais da dignidade e igualdade da pessoa humana, impõe uma enorme pressão sobre a sociedade e, consequentemente, sobre as instituições governamentais. A redemocratização do Brasil, após meados da década de 1980, e o advento da Constituição Federal de 1988, redesenhou o papel do Poder Judiciário Brasileiro, inclusive quanto ao seu protagonismo no controle da constitucionalidade. Este artigo analisa o ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal ao enfrentar o tema das uniões homoafetivas, reconhecendo tal união como possível no ordenamento jurídico brasileiro, o que gera inúmeras críticas e controvérsias. Para tanto, nosso *corpora* se concentra sobre dois julgados, a ADPF 132 e a ADI 4277, observados à luz da doutrina mais moderna a respeito do assunto. Verifica-se que a decisão do Supremo Tribunal Federal constitui-se em evidente ação ativista, com forte viés responsável e com aplicação da ponderação dos princípios constitucionais característico do neoconstitucionalismo.

**Palavras-chave:** União Homoafetiva. Ativismo Judicial. Supremo Tribunal Federal. Neoconstitucionalismo. Direito Responsivo.

### Abstract

Homoaffective unions became a social reality, the evolution of society and the constant struggle to overcome prejudices regarding sexual

orientation, in search of respect and recognition of rights based on the constitutional principles of the dignity and equality of the human person, imposes enormous pressure on society and, consequently, on government institutions. The redemocratization of Brazil, after the mid-1980s, and the advent of the Federal Constitution of 1988, redesigned the role of the Brazilian Judiciary, including its role in the control of constitutionality. This article analyzes the judicial activism of the Federal Supreme Court in addressing the issue of homoafetive unions, recognizing such union as possible in the Brazilian legal system, which generates numerous criticisms and controversies. therefore, our *corpora* focuses on two judges, ADPF 132 and ADI 4277, observed in the light of the most modern doctrine about the subject. It is verified that the decision of the Federal Supreme Court is in evident activist action, with strong responsive bias and applying the consideratiot of the constitutional principles characteristic of neoconstitutionalism.

**Keywords:** Homoafetive Union. Judicial Activism. Supreme Federal Court. Neo-constitutionalism. Right to Responsibility.

Em março de 1964, o governo civil no Brasil entrou em colapso originando uma ditadura militar que impôs ao país um regime jurídico de exceção que somente veio a ser vencido com a redemocratização do país na década de 1980, advindo uma Assembleia Nacional Constituinte culminando com a promulgação da nova Constituição Federal no ano de 1988.

A Constituição Federal nasce em uma época de profundas alterações na geopolítica mundial, distende-se o conflito Leste-Oeste, a disputa capitalismo *versus* comunismo ou socialismo começa a se tornar irrelevante ante aos evidentes sinais de desmoronamento da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, confirmada, dois anos após, com a queda do muro de Berlim, a reunificação da Alemanha que resulta em novo desenho da geopolítica na Europa Continental.

A nova constituição brasileira recebe forte influência dos textos

constitucionais europeus, como o francês, o italiano e o alemão, advindos após o cataclisma dos regimes autoritários de direita que levou à segunda guerra mundial e suas terríveis consequências, outros de países como Espanha e Portugal, que nos meados da década de 70 venceram regimes autoritários, também contribuíram<sup>1</sup>.

Um novo modelo jurídico, democrático e pluralista, baseado no estado de direito, impulsiona a sociedade brasileira. Novos atores sociais passam a pressionar a própria sociedade e as instituições públicas à procura de ampliação e reconhecimento de direitos com a superação de arraigados preconceitos, notadamente de raça e de orientação sexual. Neste contexto, surge a luta de determinados setores da sociedade brasileira pelo reconhecimento da união estável das pessoas do mesmo sexo, união estável homoafetiva, com base nos princípios da igualdade de direitos e na dignidade da pessoa humana assegurada pela nova carta constitucional.

A evolução social passa, então, a buscar uma nova ordem em relação aos diretos de grupos anteriormente excluídos, discriminados e até perseguidos, entre eles os direitos dos homossexuais, notadamente o de constituir uma família.

A sexualidade é inseparável da condição humana, configurando-se como meio para a razão final da existência na busca pela felicidade e realização social. Trata-se de um direito natural, inalienável e imprescritível, intimamente ligado ao próprio conceito de dignidade humana.

A sexualidade integra a própria condição humana. É um direito humano fundamental que acompanha o ser humano desde o seu nascimento, pois decorre de sua própria natureza. Como direito do indivíduo, é um direito natural, inalienável e imprescritível. Ninguém pode realizar-se como ser humano, se não tiver assegurado o respeito ao exercício da sexualidade, conceito que compreende a liberdade sexual, albergando a liberdade da livre orientação sexual. O direito de tratamento igualitário independe da tendência

1 O regime Franquista na Espanha tem início com a guerra civil Espanhola no ano de 1939 e se encerra com a morte de Franco no ano de 1975. Em Portugal Antônio de Oliveira Salazar instituiu um regime ditatorial que só foi suplantado pela Revolução dos Cravos no ano de 1974.

sexual. A sexualidade é um elemento integrante da própria natureza humana e abrange a dignidade humana. Todo ser humano tem o direito de exigir respeito ao livre exercício da sexualidade. Sem liberdade sexual o indivíduo não se realiza, tal como ocorre quando lhe falta qualquer outras das chamadas liberdades ou direitos fundamentais.<sup>2</sup>

De forma que, a dignidade da pessoa humana e a igualdade entre as pessoas, agora erigidos em fundamentos e princípios constitucionais, autorizam grupos de homossexuais a exigir respeito a sua livre escolha e orientação sexual, ao mesmo tempo em que a sexualidade começa a ser entendida como meio de realização humana, pois decorre de sua própria natureza. Tais posturas fazem com que o reconhecimento do direito e da possibilidade da uniões estáveis homoafetivas sejam reclamados uma vez que, ainda que o Código Civil disponha que a união estável e mesmo o casamento sejam uniões de um homem e uma mulher, a Constituição Federal ao albergar múltiplas possibilidades de arranjos familiares, não proíbe ou impede o casamento e a união homoafetiva.

A Constituição, rastreando os fatos da vida, deixou de emprestar especial atenção ao casamento. Trouxe o conceito de entidade familiar, reconhecendo a existência de relação afetivas fora do casamento(CF 226). Emprestou especial proteção à união estável entre homem e mulher e às famílias monoparentais, formadas por um dos pais e sua prole. Esse elenco, no entanto, não esgota as formas de convívio merecedoras de tutela. Trata-se de cláusula geral de insculsão, não sendo admissível excluir qualquer entidade que preencha os requisitos da efetividade, estabilidade e ostensividade. Não se pode deixar de reconhecer que relacionamentos, mesmos sem a diversidade de sexos, atendem a tais requisitos. Por terem origem em um vínculo afetivo, devem ser identificados como entidade familiar merecedoras da tutela legal.<sup>3</sup>

---

2 DIAS, Maria Berenice; CHAVES, Marianna. *Diversidade sexual na Europa-Uma visão a partir da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos*. In: GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa(org). *Direitos humanos: direitos de quem?* Curitiba: Juruá, 2012, p. 201/202.

3 Dias, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 10. ed. São Paulo: RT, 2013, p.272.

A homossexualidade sempre existiu, não é crime nem pecado, não é uma doença nem um vício (DIAS, 2012). Não havendo mais a exclusividade do casamento como entidade familiar reconhecida, e diante da multiplicidade de possibilidades de reconhecimento de entidades familiares, todas com base no afeto, *ultima ratio* dos relacionamentos humanos, não faz sentido a omissão do legislador em regulamentar o tema.

Não se desconhece a enorme dificuldade que o parlamento brasileiro tem para reconhecer direitos de um grupo de pessoas que sofre grande rejeição social, em face de arraigados preconceitos e forte tradição machista e patriarcal.

Todavia, esta omissão, hodiernamente, não se sustenta em face da nova realidade constitucional, sobretudo quando a Constituição Federal de 1988 adota valores e princípios que agasalham e defendem os direitos humanos, notadamente a dignidade da pessoa humana e a igualdade.

A desigualdade neste tratamento ofende os valores constitucionais, uma vez que o texto constitucional estabelece a dignidade da pessoa humana como um fundamento da República e a igualdade sem distinção de sexos e orientação sexual como um direito fundamental de primeira geração.

A questão mais debatida feriu-se em relação às discriminações dos homossexuais. Tentou-se introduzir uma norma que a vedasse claramente, mas não se encontrou uma expressão nítida e devidamente definida que não gerasse extrações inconvenientes. Um delas fora conceder igualdade, sem distinção de orientação sexual, reconhecendo assim, na verdade, não apenas a igualdade, mas igualmente a liberdade de as pessoas de ambos os sexos adotarem a orientação sexual que quisessem. Teve-se receio de que essa expressão albergasse deformações prejudiciais a terceiros. Daí optar-se por vedar distinções de qualquer natureza e qualquer forma de discriminação, que são suficientemente abrangentes para recolher também aqueles fatores, que tem servido de base para desequiparações e preconceitos.<sup>4</sup>

4 DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 224

Preconceitos e desequiparações, no dizer de José Afonso da Silva, levam à omissão legislativa. Assim, revela-se injustificada esta omissão acabando por fazer com que este grupo de pessoas, diante do não reconhecimento de seus direitos, recorra ao Poder Judiciário em busca de defesa destes direitos.

ACF 88 estabelece, como cláusula pétreia, que nenhuma lei excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito. É o chamado princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. Com o exercício deste controle, o Poder Judiciário, acionado por aqueles que se vem discriminados e diferenciados pela omissão legislativa, é chamado a exercer o seu papel constitucional, assumindo postura ativista perante a omissão legislativa.

Ao mesmo tempo, a nova ordem constitucional, enquadrada entre aquelas constituições denominadas de dirigentes ou extensas, não se restringe a estabelecer competências e a separar os poderes públicos, mas contém normas materiais que condicionam a atuação do Estado por meio de fins e objetivos a serem alcançados em um catálogo de direitos fundamentais. Ou como denominado *constitucionalismo de los derechos, o si prefere, Constituciones materiales y garantizadas* (Luiz Prieto Sanchis, 2007)

Este novo constitucionalismo, agora denominado de neoconstitucionalismo, fundamenta-se em valores e princípios constitucionais e em oposição ao direito positivo. Surge, de um grupo de professores italianos da escola de Gênova, entre eles Suzana Pozzolo, autora do termo, Maurício Barberis, que posteriormente redefine o termo, Ricardo Guastini, Paulo Comanducci e Tecla Mazarese, que elaboram o conceito e fazem análises teóricas dos argumentos apresentados para a nova teoria.

O conceito de neoconstitucionalismo acaba sendo definido inicialmente por Barberis como teoria ou doutrina intermediária ao jusnaturalismo e positivismo jurídico.

Por neoconstitucionalismo como já adiantamos, não deveriam ser entendidas nem doutrinas e nem instituições, como no caso de constitucionalismo, mas somente doutrinas; em especial a teoria ou doutrina do direito, intermediária ao jusnaturalismo e positivismo, pela qual entre direito e moral existiria uma interligação necessária,

ainda que limitada aos Estados constitucionais. Segundo os neoconstitucionalista, em outros termos temos a tese juspositivista da separabilidade entre direito e moral valeria no máximo para o direito do Estado legislativo do século XX: direito cuja fonte principal, se não a única, era a lei. A mesma tese não valeria mais, ao contrário, para o Estado constitucional do século XX, onde não apenas a fonte principal do direito é a constituição, mas a totalidade do direito é constitucionalizada, refreada por princípios e valores constitucionais.<sup>5</sup>

Para o Ministro Luiz Roberto Barroso, o neoconstitucionalismo surge da superação do jusnaturalismo aliado ao fracasso do positivismo.

A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O póspositivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana.<sup>6</sup>

O movimento neoconstitucionalista surge como uma necessária reformulação do constitucionalismo (Tassinari, 2012). Segundo Mauricio Santos Raupp, nessa mudança destaca-se a força normativa da constituição que se desloca da supremacia legislativa para a hegemonia dos textos constitucionais.

5 Barberis, Mauro. *Noeconstitucionalismo* *Revista Brasileira de Direito Constitucional*. N.º 07, Jan/Jun, v.1, p.21.

6 Barroso, Luiz Roberto.

No paradigma neoconstitucionalista, para utilizar-se da expressão de Sarmento(2013), a lei cede espaço e importância para a Constituição, que passa a integrar o centro do sistema jurídico, e irradiar força normativa aos poderes constituídos(Legislativo, Executivo e Judiciário), cuja vinculação constitui verdadeira condição de possibilidade à democracia<sup>7</sup>.

Essa força normativa da constituição, que por vezes leva à supremacia do Poder Judiciário sobre os demais Poderes, notadamente do Poder Legislativo, culmina no denominado ativismo judicial, objeto de inúmeras críticas sob o fundamento de que os juízes não são eleitos como os legisladores, o que lhes compromete a legitimidade.

O fato é que a força normativa da constituição significa dizer que a última palavra é a do Poder Judiciário.

O significado superior da Constituição normativa manifesta-se, finalmente, na quase ilimitada competência das Cortes Constitucionais – princípio até então desconhecido -, que estão autorizadas, com base em parâmetros jurídicos, a proferir a última palavra sobre os conflitos constitucionais, mesmo sobre questões fundamentais da vida do Estado<sup>8</sup>.

Ainda segundo Luiz Prieto Sanchis, o novo constitucionalismo não gira somente em torno do direito positivo, mas, sobretudo dos valores e princípios, em que sua aplicação se faz através dos juízes e dos Tribunais Constitucionais.

La Constitucion marco que permitia el juego de las mayorías em sede legislativa vendría a ser suplantada por uma Constitucion dirigente, donde por su alto grado de indeterminacion, terminan siendo los jueces quienes tienen la ultima palabra sobre todos los asuntos<sup>9</sup>

7 Raupp, Mauricio Santos. *Ativismo Judicial: Característica e singularidades*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 73.

8 Hesse, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991, p. 28.

9 Sanchis, Luiz Prieto. *El Constitucionalismo de los Derechos; Teoria do Neoconstitucionalismo, Ensayos escogidos*. Madrid: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, p. 217.

Por outro lado, novos olhares sobre a Justiça e a aplicação do direito, sobretudo daqueles que estão do lado de fora dos tribunais e do sistema judiciário, reclamam uma nova maneira de aplicação do direito pelo aparato estatal, pois um estado de direito ou um estado fundado no império da lei significa um estado em que o poder governamental também se submete a limites.

Philippe Nonet e Philip Selznick apresentam uma tipologia sobre as formas de ordenamento jurídico que classificam como sendo sistemas jurídicos repressivo, autônomo e responsivo.

O direito repressivo é caracterizado pela subordinação do processo político, legislativo e judiciário ao poder político, servindo basicamente aos donos do poder. Já o direito autônomo caracteriza-se pela existência de um Poder Judiciário institucionalmente separado do poder governante e do processo legislativo, resolvendo conflitos única e exclusivamente com base em normas legais formalmente promulgadas ou em precedentes, submetendo-se e limitando-se ao poder político e a estas normas. Por fim, um sistema de direito responsável é um sistema que busca justiça substantiva, que seja sensível às desvantagens que os excluídos da sociedade sofrem e procura igualar, no campo jurídico, essas desvantagens entre os mais e menos favorecidos, seja proporcionando ajuda ou adaptando as leis para que isso ocorra. No sistema responsável o direito é um facilitador das respostas às necessidades sociais.

Nesse sentido, podemos afirmar que uma nova ordem constitucional, baseada em texto constitucional extenso com amplo catálogo de direitos sociais, estabelece relação com a tipologia do direito responsável proposta por Nonet e Selzenick.

Uma instituição responsável conserva a capacidade de compreender o que é essencial à sua integridade e ao mesmo tempo leva em consideração as novas forças do ambiente social. Para isso, ela se baseia nas formas pelas quais a integridade e a abertura se sustentam mutuamente, mesmo quando conflitantes. Percebe as pressões sociais como fontes de conhecimento e de oportunidades

de autocorreção. Para assumir essa postura, a instituição necessita contar com a diretriz de uma finalidade<sup>10</sup>.

A decisão do Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ADPF 132, e na Ação Direta de Inconstitucionalidade, ADI 4277, reconhecendo a possibilidade da união estável homoafetiva, leva em conta estes anseios e pressões de parte da sociedade brasileira. Anseios e pressões esses que encontram respaldo em um catálogo de direitos que comparecem ao mundo jurídico brasileiro após o advento da nova ordem constitucional inaugurada no ano de 1988, tendo nítido caráter ativista, podendo ser classificada como do tipo responsável.

Ronald Dworkin, ao tratar do chamado Estado de Direito, denomina duas formas do Estado de Direito, um centrado em textos legais e outro centrado nos direitos, sendo que esta última concepção, assemelha-se à tipologia do sistema jurídico responsável idealizada por Nonet e Selznick.

Chamarei a segunda concepção do Estado de Direito de concepção centrada nos direitos. De muitas maneiras, é mais ambiciosa que a concepção centrada no livro de regras. Ela pressupõe que os cidadãos têm direitos e deveres morais entre si e direitos políticos perante o Estado como um todo. Insiste que esses direitos morais e políticos sejam reconhecidos no Direito positivo, para que possam ser impostos quando da exigência de cidadãos individuais por meio de tribunais e outras instituições judiciais do tipo conhecido, na medida em que isso seja praticável. O Estado de Direito dessa concepção é o ideal de governo por meio de uma concepção pública a concepção precisa dos direitos individuais. Não distingue como faz a centrada no texto legal, entre o Estado de Direito e a justiça substantiva; pelo contrário, exige, como parte do ideal de Direito que o texto legal retrate os direitos morais e o aplique<sup>11</sup>.

---

10 Nonet, Phillip. *Direito e Sociedade: Direito e sociedade: transição ao sistema jurídico responsável*/Philippe Nonet e Philip Selznick. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 125/126.

11 Dworkin, Ronald. *Uma questão de princípios*. Tradução de Luiz Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 7.

Ao analisar e autorizar a possibilidade da união homoafetiva, com bases em princípios constitucionais, em controle de constitucionalidade, não obstante a disposição expressa da lei, no artigo 1523 do Código Civil, reconhecendo a união estável como entidade familiar formada por um homem e uma mulher, na esteira do que já vinha decidindo os demais tribunais brasileiros<sup>12</sup> hierarquicamente inferiores ao Supremo Tribunal Federal, age de forma responsável ao aplicar a força normativa da constituição centrada em direitos.

O controle de constitucionalidade das leis pelo Poder Judiciário tem origem nos Estados Unidos da América do Norte. Também conhecido pela expressão *judicial review*, este instituto surgiu a partir da decisão judicial proferida pela Corte Suprema quando do julgamento do caso *Marbury vs. Madison*, no ano de 1803 (Raupp, 2016).

O constitucionalismo brasileiro inspirou-se no constitucionalismo norte-americano, inclusive quanto ao controle da constitucionalidade. O sistema é o jurisdicional instituído com a constituição de 1891 que, sob a influência do constitucionalismo norte-americano, acolheu o critério de controle difuso por via de exceção, que perdurou nas constituições sucessivas até a vigente (José Afonso da Silva, 2010).

Temos no Brasil duas sortes de controle de constitucionalidade das leis: o controle por via de exceção e o controle por via de ação. Em nosso sistema constitucional, o emprego e a introdução das duas técnicas traduzem de certo modo uma determinada evolução doutrinária e institucional, que não deve passar desapercebida<sup>13</sup>.

Este desenho de controle de constitucionalidade brasileiro, via exceção e ação, aliado a uma nova ordem constitucional, baseada em

12 Sobre união homossexual nos tribunais brasileiros: RT 813/82, 812/220, 807/82, 791/354, 742/54; JTJ 198/121; Juris. Brasileira Juruá 176/95-107. TJSP- União civil Homossexual. O princípio da dignidade humana (artigo 1º , III, da CF)deve inspirar o juiz, diante da lacuna da lei sobre relações homoafetivas, na construção de sentença que garanta efeitos patrimoniais de um relacionamento levado à sério por mulheres resolvidas, porque, somente assim, o Judiciário impede que o falso-moralismo bloqueie práticas afirmativas de inclusão dos parceiros ao regime dos benefícios das relações heterossexuais, como proventos de aposentadoria que são estendidos aos dependentes de 26 anos de convivência.(AC 478.576-4/4, Rel. Des. Enio Santarelli Zuliani, j. 01.02.1007)

13 BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional, São Paulo: Malheiros, 2009, p. 325.

extenso catálogo de direitos, permite ao Supremo Tribunal Federal, com base nos princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana, autorizar a união estável homoafetiva em face da omissão do Poder Legislativo no enfretamento da questão.

É público e notório a divisão de forças que se digladiam dentro do legislativo a favor e contra a união estável e o casamento de pessoas do mesmo sexo, tal divisão, inconciliável, impede qualquer avanço da matéria na esfera do Poder Legislativo, gerando uma omissão injustificável ao autorizar uma postura ativista do Poder Judiciário, permitindo o reconhecimento da união homoafetiva.

O denominado ativismo judicial ou protagonismo judicial é objeto de variadas e contundentes críticas, sobretudo de que os juízes querem de forma espúria e ilegítima tomar o lugar dos legisladores. Acusam o eventual surgimento de um Estado Judicial de Direito.

O ativismo judicial surgiu e se desenvolveu nos Estados Unidos da América (Raupp, 2010). Não obstante, a dificuldade conceitual de ativismo judicial associa-se à ideia de que possa ser conceituado como a transferência de assuntos que antes debatidos exclusivamente nos Poderes Executivo e Legislativo passam a ser decididos pelo Poder Judiciário.

À luz de conceituações, o ativismo judicial está associado à ideia de concretização de direitos constitucionais mediante uma atuação proativa do Poder Judiciário, nem sempre ilegítima, em face de eventuais e relevantes omissões dos demais poderes do Estado, invadindo, não raras vezes, o âmbito de atuação destes (Raupp, 2010).

... a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do judiciário na concretização de valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. Em muitas situações, sequer há confronto, mas mera ocupação de espaços vazios<sup>14</sup>.

Todavia, a conceituação que me parece mais precisa é do jurista francês Antôine de Garapon para quem "o ativismo judicial começa

---

14 Barrosos, Luiz Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil Contemporâneo*. In: FELLET, Andre Luís Fernandes; PAULA, Dael Gioti de; NOVELINNO, Marcelo(Orgs).As novas fases do ativismo judicial. Salvador: Jus Podium, 2013, p. 225-270.

quando, entre várias soluções possíveis, a escolha do juiz é dependente do desejo de acelerar a mudança social, ou pelo contrário, de a travar" (Raupp, 2010).

A Arguição de Descumprimento de Preceito Constitucional 132<sup>15</sup> e a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277<sup>16</sup> foram, respectivamente, propostas pela Procuradoria-Geral da República e pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro. As ações pediam o reconhecimento da união estável de pessoas do mesmo sexo com fundamento na omissão estatal na regulamentação da união estável homoafetiva, uma vez que a Constituição Federal, em seu § 3º, do artigo 226, reconhece uma ampla possibilidade de constituição de entidades familiares.

As duas ações buscam, desta forma, que se interprete o artigo 1723 do Código Civil brasileiro de acordo com o artigo 226, § 3º da Constituição Federal.

O ponto fulcral das ações envolvia qual a correta interpretação a ser aplicada à norma civilista à luz do texto constitucional que, a despeito de não vedar, expressamente as uniões estáveis entre casais homossexuais, também não o reconhecia de forma expressa<sup>17</sup>.

Ao final, o Supremo Tribunal Federal, de forma consensual e homogênea, afirmou ser a união estável entre pessoas do mesmo sexo um dos modelos familiares agasalhados pela Constituição Federal, portanto, merecedor de reconhecimento e de proteção a qualquer tipo de discriminação.

As críticas à decisão da Suprema Corte brasileira são inúmeras, notadamente de ter ultrapassados os limites de sua atuação institucional ao, por meio de uma decisão judicial, criar norma de atribuição exclusiva do Poder Legislativo, local adequado, segundo esses críticos, para a conveniente discussão política acerca do reconhecimento destes direitos.

Contudo, essas críticas são infundadas, a omissão do Poder Legislativo autoriza o ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal,

15 Com fundamento no § 1º, do artigo 102 da CF/88.

16 Com fundamento na letra a, do inciso I, do artigo 102 da CF/88.

17 Raupp, Maurício Santos, obra citada, p. 162.

uma vez que determinados grupos de pessoas no contexto social não podem ficar desamparadas e desassistidas tão somente porque o Poder Legislativo não consegue enfrentar a questão por falta de diálogo e consenso sobre o direito deste grupo de pessoas.

Desta forma, podemos afirmar que esta decisão ativista do Supremo Tribunal Federal, na ADPF 132 e na ADI 4277, origina da redemocratização da própria sociedade brasileira, no advento da nova Constituição Federal de 1988, na doutrina do neoconstitucionalismo, no reconhecimento da aplicação de um estado de direito centrado nos direitos de forma responsável, tudo com a finalidade de vencer omissões dos demais poderes do Estado e os arraigados preconceitos de uma sociedade ainda presa a idiossincrasias do seu passado colonial.

## Referências:

BARBERIS, Mauro. *Neoconstitucionalismo Revista Brasileira de Direito Constitucional*. N.º 07, Jan/Jun, v. 1.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Gioti de; NOVELINO, Marcelo (Orgs.). *As novas faces do ativismo judicial*. 2. ed. Salvador: Juspodíum, 2013.

DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2010.

DIAS, Maria Berenice; CHAVES, Marianna. *Diversidade sexual na Europa: Uma visão a partir da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos*. In: GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa (Org.). *Direitos*

*humanos: direitos de quem?* Curitiba: Juruá, 2012.

\_\_\_\_\_, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 10. ed. São Paulo: RT, 2013, p.272.

DWORKING, Ronald. *Uma questão de princípios*. Tradução de Luiz Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KONRAD, Hesse. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991.

RAUPP, Maurício Santos. *Ativismo Judicial: características e singularidades do voluntarismo à concretização de direitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

SANCHIS, Luiz Prieto. *El Constitucionalismo de los Derechos; Teoria do Neoconstitucionalismo, Ensayos escogidos*. Madrid: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.



### **Everson Rodrigues de Castro**

Mestrando em História e Estudos Culturais pela Universidade Federal de Rondônia - Unir. Especialista em Museografia e Patrimônio Cultural pelo Centro Universitário Claretiano de Batatais - Ceuclar. Especialista em Segurança Pública e Direitos Humanos pela Universidade Federal de Rondônia - Unir. Especialista em História Cultural pelo Centro Universitário Claretiano de Batatais - Ceuclar. Graduado em História pelo Centro Universitário Claretiano de Batatais - Ceuclar. Pesquisador do Centro de Documentação e Estudos Avançados sobre Memória e Patrimônio vinculado a Universidade Federal de Rondônia - Unir. Membro da Associação Nacional de História - ANPUH. Professor na Faculdade Metropolitana de Porto Velho - Fimca/Metropolitana. Professor na Academia de Polícia Civil do Estado de Rondônia. Tem experiência na área de História, Segurança Pública e Direitos Humanos, com ênfase em História e Estudos Culturais, atuando principalmente nos seguintes temas: História, Patrimônio Cultural, Memória, Direitos Humanos, Sociologia da Punição e Criminologia Cultural (CV-Lattes).



### **Eduardo Joreu de Oliveira**

Mestrando no programa de pós-graduação em História e Estudos Culturais da Universidade Federal de Rondônia - Unir. Especialista em História do Brasil pela Universidade Cândido Mendes. Graduado em História pela Universidade Federal de Rondônia- Unir. Professor do Instituto Federal de Educação Ciência e Tecnologia de Rondônia - Ifro. Tem experiência na área de História, com ênfase em História do Desenvolvimento da Amazônia, atuando principalmente no seguinte tema: desenvolvimento, amazônia, planejamento estatal (CV-Lattes).

## A ESPETACULARIZAÇÃO DA VIOLENCIA: A “CHACINA DO URSO BRANCO” DE 2002 EM RONDÔNIA NA FOLHA DE SÃO PAULO ONLINE

Everson Rodrigues de Castro  
Eduardo Joreu de Oliveira

### RESUMO

Este artigo analisa, especificamente, a “rebelião de 2002” ocorrida na Casa de Detenção José Mário Alves, conhecida como “Urso Branco”, situada no Estado de Rondônia. A base analítica substancial deste trabalho são as notícias sobre aquele evento vinculadas no sítio eletrônico da Folha de São Paulo. O objeto deste estudo reflete sobre a forma que essas notícias contribuem para a construção de um imaginário sócio-cultural acerca da violência e do cárcere em Rondônia, relacionando-o com as perspectivas de violações de direitos humanos. O eixo da discussão será duplo: de um lado a análise dos discursos percebidos através da leitura do processo criminal referente ao denominado “Caso Urso Branco”, enquanto “formações discursivas”, conceito empregado pelo filósofo francês Michel Foucault em sua obra “Arqueologia do Saber” e; de outro lado, a observação acerca das notícias que circularam no site da Folha de São Paulo, cuja sede física encontra-se no Estado de São Paulo. O instrumental teórico recorreu à sociologia relacional empregada pelo sociólogo franco-argelino Pierre Bourdieu, em especial, as noções de *habitus*, capital simbólico e campo. Ademais, também nos foram significativas as abordagens que, no campo da História, são entendidas como “operação historiográfica”, concepção formulada por Michel de Certeau, na obra “A Escrita da História”. Para este autor, a história seria ao mesmo tempo uma disciplina, uma prática e uma escrita, portanto, encontra-se amparada numa escrita transmutada em historiografia bem como prática do historiador, resultando em discurso histórico. Da mesma forma, fez-se uso da noção de História, seja enquanto “práticas e

representações", empregada pelo historiador Roger Chartier. Assim, a pesquisa debruçou-se sobre este aparato epistêmico de modo que pudéssemos perceber as sutis nuances que integraram o construto social, sobretudo cultural, de todo um imaginário relativo ao cárcere em Rondônia. Por fim, observa-se como os aspectos da violência e das violações de direitos humanos se desdobraram de maneira distintiva quando ocorridas dentro daquele presídio no início do ano de 2002.

**PALAVRAS-CHAVE:** Urso Branco. Violência. Direitos Humanos. Formação Discursiva. Prisão.

## 1. Introdução

As mortes violentas ocorridas dentro da Casa de Detenção José Mário Alves, o "Urso Branco", situado no Estado de Rondônia, na passagem do dia 01 para o dia 02 de janeiro de 2002, quando foram mortos 27 detentos, situação que, em tese, esteve intimamente relacionada à transferência dos detentos do chamado "seguro"<sup>1</sup> para as celas dos pavilhões. O fato marcou profundamente a constituição de todo um imaginário social sobre a violência ocorrida em presídios no Estado, na Amazônia e no Brasil de uma maneira geral. O que sob a ótica do professor Gabriel Oliveira (OLIVEIRA, 2009) converge para a ideia apontada como "terceira exclusão", pois:

Após então serem submetidos à pena e à consequente exclusão social gerada por ela, ou segunda exclusão, percebe-se que o Estado, ao dar causa a situação verificada em Urso Branco, provoca de modo omissivo, a ocorrência desta tragédia consubstanciada na

1 Segundo apontado na peça de denúncia assinada pelos Promotores de Justiça do Ministério Público do Estado de Rondônia, referente ao IPL 003/2002/DECCV de 07/02/2002, que "Somando-se ao quadro de desorganização, existiam os presos do [SEGURO], ou seja, presos ameaçados de morte pelos presos dos pavilhões. Esses presos ameaçados tinham débil garantia de vida, consistente em permanecerem agrupados e apartados em espaços denominados [SEGURO]. Mesmo os locais destinados aos presos do [SEGURO] tornaram-se obstáculos à correta administração prisional, devido à localização, precariedade das instalações e ao grande número, sempre crescente (ante assassinatos já ocorridos nos pavilhões) de custodiados que lá permaneciam alojados (DENÚNCIA, 2004, fls. 07-08).

morte dessas pessoas. Assim, ao fazer incidir sobre elas a pena de morte, tem-se indícios que permitem entender tal situação como uma terceira exclusão posto que já estava fora da economia e da sociedade em que viviam. A terceira exclusão pode ser entendida como a exclusão física do apenado e se deu em Urso Branco, o Estado permitiu que os detentos do [seguro] fossem trucidados.

Apesar disso, é preciso apontar que os fatos relacionados à rebelião no Urso Branco em 2002 não podem ser analisados de maneira isolada e nem fragmentada, mas devem ser pensados dentro de contextos sócio-históricos muito específicos. De certo modo, podemos afirmar que os discursos produzidos sobre o caso estudado, desde aqueles mais visíveis, oriundos da leitura do processo criminal, até os mais sutis, como as notícias veiculadas pelos órgãos de imprensa à época, apesar de, aparentemente, tenderem ao neutro e ao universal, encontram-se plenamente carregados de discursos conflitantes, interesses e poderes. Enfim, estão dotados de condicionantes estruturais, que em sua maioria, não se mostram clarividentes à grande parte dos indivíduos em sociedade.

Assim, perceber quais os processos sócio-culturais que cingem os movimentos dos presos envolvidos no Caso Urso Branco em 2002, nos revela que as razões não podem ser restringidas à lógica simplista de que estes se rebelariam tão somente devido às péssimas condições vividas por eles dentro daquela unidade prisional. De maneira mais complexa, pode-se delinear uma dupla compreensão: (a) seja porque os apenados já haviam incorporado um certo *habitus*, no qual a violência é um dos traços significativos da constituição dos sujeitos e de suas práticas sociais cotidianas, quando ainda inseridos no mundo do “além-muro do presídio”; (b) seja porque todo o imaginário social, construído pelos apenados dentro do presídio, acerca de valores como liberdade, ética, moral, etc., (e é claro dos grupos sociais que compartilham aquele espaço simbólico e físico), são reconfigurados, enquanto capital simbólico posto em prática em um determinado campo, para noções que só se completam com êxito se atendem plenamente as regras estabelecidas pelos próprios grupos sociais que integram o “mundo da cadeia”.

Essa dupla compreensão tal como foi apresentada não deve ser pensada como uma “estrutura antropofágica”, que tivesse no próprio ritual a sua própria razão de ser em si mesma, mas sim oferecer sinalizações teóricas que extrapolam o campo da ortodoxia interpretativa. Destarte, entende a dinâmica hermenêutica como um exercício que ambiciona buscar e encontrar, se possível, a essência dos sentidos das palavras, e negligencia os processos de reinvenção, apropriação e reconfiguração, das múltiplas formas de produção de sentido, neste caso os discursos sobre a rebelião do Urso Branco em 2002, através do processo criminal e da imprensa *webjornalística*.

Neste sentido, considerando que uma das possibilidades para pensar a rebelião de 2002 no Urso Branco em Rondônia parte da análise dos discursos oriundos do processo criminal sobre o caso e das notícias veiculadas *webjornal* Folha de São Paulo, é necessário esclarecer o suporte teórico-metodológico que estrutura esta discussão.

De um lado, temos o papel estratégico do *habitus*, e no caso em tela podemos inferir a percepção de um *habitus* dos apenados, enquanto uma disposição postural incorporada, sendo assim esse “princípio gerador e unificador que retraduz as características intrínsecas e relacionais de uma posição em um estilo de vida unívoco, isto é, em conjunto unívoco de escolhas de pessoas, bens, de práticas (BOURDIEU, 1996, p. 21-22)”. E de outro, temos a relação do *habitus* com a noção de campo, também empregada pelo sociólogo francês Pierre Bourdieu, que apresenta uma “topologia que descreve um estado de posições sociais (que) permite fundar uma análise dinâmica da conservação e da transformação da estrutura da distribuição das propriedades ativas e, assim, do espaço social” (BOURDIEU, 1996, p. 50).

No caso da rebelião no presídio de Urso Branco em 2002, além das noções de *habitus* e campo de Bourdieu, faz-se contudo, apresentar, dentro desse exercício de análise dos discursos no processo criminal e das notícias veiculadas pela Folha *Online*, as noções complementares de representações e práticas conforme empregadas pelo historiador cultural Roger Chartier (CHARTIER, 1988, p. 23) quando postula que,

diferente da história da mentalidades, ela:

... permite articular três modalidades da relação com o mundo social: em primeiro lugar, o trabalho de classificação e de delimitação que produz as configurações intelectuais múltiplas, através das quais a realidade é contraditoriamente construída pelos diferentes grupos; seguidamente, as práticas que visam fazer reconhecer uma identidade social, exibir uma maneira própria de estar no mundo, significar simbolicamente um estatuto e uma posição; por fim, as formas institucionalizadas e objetivadas graças às quais uns representantes (instâncias coletivas ou pessoas singulares) marcam de forma visível e perpetuada a existência do grupo, da classe ou da comunidade.

A fim de sistematizar a análise proposta, este trabalho apresenta inicialmente uma breve revisão histórica sobre o cárcere em Rondônia, em seguida entra-se na questão dos discursos - pensados como portadores de representações simbólicas, que influenciam nas práticas dos sujeitos em sociedade - percebidos no processo criminal sobre a rebelião de 2002 no Urso Branco e nas notícias do site Folha Online.

## **2. A casa de detenção José Mário Alves, “Urso Branco” (1996-2002): uma revisão histórica sobre o cárcere em Rondônia**

No final da década de 1970, na ilha de Santo Antônio, situada há 8 km do centro da capital do Estado de Rondônia, Porto Velho, rodeada pelas fortes correntezas do Rio Madeira, havia um presídio que abrigava homens que tinham cometido algum tipo de desvio (crime) e que eram separados do convívio social e encaminhados para a “ilha” a fim de que cumprissem suas penas.

Conhecido como “Presídio da Ilha”, o que segundo apontou, em entrevista ao jornalista Carlos Araújo do website “Tudo Rondônia”, em 24/11/2013, seu primeiro diretor, nomeado por Humberto Guedes, então governador do Território Federal de Rondônia, o advogado e especialista em direito penitenciário Osman de Sá disse que, na

verdade, o presídio "era um aglomerado de detentos, cercado de água por todos os lados, sem qualquer diretriz de reeducação, de reabilitação para o detento voltar a integrar-se à sociedade. Hoje, lamentavelmente, isso não progrediu. Ao contrário, regrediu" (DE SÁ, 2013).

O que se assevera, especialmente, em relação ao trecho extraído da entrevista do advogado Osman de Sá sobre o antigo "Presídio da Ilha", é que a situação do sistema penitenciário rondoniense desde sua incipiente na década de 1970, passados os anos 2000 e até agora "quase" nada mudou quando comparado ao panorama da situação prisional do extinto Território Federal de Rondônia, exceto a localização geográfica.

Apesar da lacuna de pesquisas científicas em torno do "Presídio da Ilha", e ainda a carência de fontes históricas confiáveis para um levantamento pormenorizado sobre quais as possíveis razões que envolveram sua idealização, o projeto arquitetônico, o perfil dos presos, possíveis motins, rebeliões, etc., o que se sabe é que sua paulatina e posterior desativação esteve intimamente ligada à construção de outro presídio em Rondônia, agora não mais situado em uma ilha rodeada pelas águas turvas do Rio Madeira, mas localizado em um verdadeiro arquipélago de contradições situado em terra firme, tem-se, então, a Casa de Detenção José Mario Alves da Silva, conhecida como "Urso Branco".

Integrando o sistema penitenciário brasileiro, o presídio Urso Branco, situado na cidade de Porto Velho, capital do Estado de Rondônia, começou a ser construído no início da década de 1990, mas apenas entrou realmente em funcionamento no ano de 1996, quando começou a abrigar os primeiros detentos que deveriam aguardar naquele espaço, "provisoriamente", até que fossem transferidos para outra penitenciária do Estado. Fato que nunca ocorreu, pois ela não chegou a ser construída.

O presídio Urso Branco foi planejado para abrigar inicialmente 360 presos, divididos em 06 alas, sendo que cada uma destas seria composta por 10 celas, o que equivaleria a um total de 60 celas, sendo então cada uma com capacidade para 6 presos. Em 2006, uma nova

ala foi construindo contando com 4 blocos isolados, sendo então cada um com 4 celas, totalizando assim a capacidade máxima para 456 presos. Todavia, ainda na década de 1990, com a intensificação do crescimento da população carcerária daquela unidade prisional, começaram a ficar explícitos os graves problemas porque passavam aqueles que estavam ali recolhidos, tais como superlotação, torturas, homicídios, alimentação inadequada, precariedade no fornecimento de água potável e para o banho, fugas, motins, rebeliões, etc.

Assim torna-se relevante afirmarmos que a situação de “caos” que foi se instalando no presídio Urso Branco não ficou restrito somente a um determinado período de tempo específico, mas acabou se tornando uma situação tão perene, a ponto de, no ano de 2008, o Ministério Público Federal, através do Procurador-Geral da República, Roberto Monteiro Gurgel Santos, ingressou com Ação de Intervenção Federal (AIF nº 5.129) no Supremo Tribunal Federal devido aos atos de violação dos direitos humanos supostamente ocorridos dentro do presídio rondoniense, afora as medidas provisórias estipuladas pela Corte Interamericana de Direitos a partir de 18 de Junho de 2002.

No relatório de vista prisional ao Estado de Rondônia, realizada em 22/10/2011, pelo Conselheiro Erivaldo Ribeiro dos Santos, (DOS SANTOS, 2011) integrante do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária - CNPCP e vinculado ao Ministério da Justiça, afirma claramente que:

Em julho de 2008 o relatório do CNCP registrava 1068 internos; em fevereiro de 2011 o Conselho da Comunidade registra se 701 presos. Tais números poderiam indicar um processo de redução da superpopulação. Entretanto, a presente inspeção constatou a presença de 857 presos, indicando que não há um esforço eficaz que reduza a população carcerária ao nível da sua capacidade que é de 456 presos. Esse aumento da população carcerária, de fevereiro e outubro de 2011, verifica-se esmo diante de decisão judicial em vigor de interdição parcial da unidade.

Neste prisma, ainda que a “chacina de 2002” no Urso Branco seja o mais representativo – dado que ocorreram outros episódios

semelhantes em escalas variadas – da grave situação que afligem àqueles homens aprisionados, sendo estes em sua maioria negros, pardos, de baixa escolaridade e originários das periferias urbanas de Porto Velho. Ha que se acrescentar que mesmo ante as admoestações infligidas ao Estado Brasileiro, através das medidas provisórias por parte da Corte Interamericana de Direitos Humanos da OEA (Organização dos Estados Americanos) desde 18 de junho de 2002 e reiteradas através de outras resoluções, como por exemplo, a de 22 de Abril de 2004 e a de 21 de Setembro de 2005, além de outras que a precederam, para que aquele “adote todas as medidas que sejam necessárias para proteger eficazmente a vida e integridade pessoal de todas as pessoas reclusas na penitenciária” (CORTEIDH, 2005), ainda é bastante patente que o alcance destas e outras políticas na transformação da realidade do presídio Urso Branco é bastante limitado.

Em 2007, foi publicada talvez a obra mais emblemática sobre o drama que envolve a história deste presídio, intitulada “Urso Branco: A porta do inferno”, cujo autor, o ex-detento Jorge Paulo de Freitas Braga, traz à lume informações interessantes sobre sua “passagem” por aquela unidade prisional. Fazendo uso de uma linguagem que mescla elementos do relato biográfico e o do jornalismo informativo, além de críticas ferozes às condições do sistema penitenciário rondoniense, deu destaque para os abusos cometidos por agentes do Estado (policiais militares, agentes penitenciários, etc.) contra os aprisionados recolhidos, além dos aspectos cotidianos da vida no “mundo intra-muros”, e obviamente, deu relevância aos casos de violência presenciados ali.

Jorge Braga, no livro citado, relata que havia um local insalubre dentro do presídio Urso Branco, comparável, apenas, em termos descritivos, a um dos “círculos infernais” citados pelo italiano Dante Alighieri no clássico “A divina Comédia”. O local, denominado como “tampão”, era utilizado pelos administradores do presídio para a “penalização” de presos que cometiam algum tipo de “infração” em relação às regras estabelecidas pelo “estatuto interno”, as quais nem sempre estavam adstritos aos regramentos de condutas escritas.

Segundo o escritor Jorge Braga o “tampão” do Urso Branco:

É o pior dos castigos que um preso pode passar. Se nas celas superlotadas e imundas é ruim passar, imaginem no tampão, úmido, fétido, escuro, o cara é colocado lá, sem roupas. O que num homem ainda restar de orgulho, de altivez ou de dignidade é esváido em pouco tempo. Para um homem no tampão não existe Deus, ele se sente só, não existe advogado, nem família, nem amigos. É o retrocesso do homem com ele mesmo, é um ser insignificante, sem valor, sem referências, sem futuro. É nada no espaço. Só escuta o barulho zoando na cabeça, zum...zum. O silêncio toma uma dimensão de barulho. O tempo anda (anda?), lentamente, não sabe em que dia, em que hora está. A água gotejando, intencionalmente, ininterruptamente, cadencia um ritmo constante e melancólico. As baratas fazem parte do novo lar. Os ratos também. O que será que procuram? Ah! Deve ser fezes e urina, que batem no joelho (BRAGA, 2007, p. 202).

Por estas razões depreende-se que os principais aspectos que teriam influenciado para que essa situação se agravasse e inclusive contribuído para a onda de atrocidades cometidas dentro da casa de detenção na passagem do ano 2001 para 2002, foram, segundo aponta a professora Camila Giunchetti,

... a superpopulação, a insuficiência de agentes penitenciários, o precário treinamento dos poucos agentes que haviam, a fragilidade das instalações físicas (em especial dos pisos, paredes e cadeados), a insalubridade das celas, a escassez de água e, principalmente, a falta de separação dos presos provisórios dos condenados e de acordo com seu grau de periculosidade (impossível pelo fato de as celas serem interligadas por túneis e buracos nas paredes cavados pelos próprios detentos), combinados com a ociosidade dos presos (ausência de atividades laborais ou educacionais), criou o ambiente propício para que eclodisse, em 5 de novembro de 2000, a primeira rebelião no UB. Nessa rebelião, três pessoas morreram e outras 30 ficaram feridas. **A partir de então, foi inaugurado um período no qual ondas de assassinatos passaram a ser recorrentes, algumas das quais com repercussão internacional, como foi o**

**caso das rebeliões de 2002 e de 2004** (GIUNCHETTI, 2010, p. 61, grifos nossos).

Neste sentido, é possível notar que a trajetória histórica do presídio Urso Branco em Rondônia, a partir do recorte temporal específico, em que pese estar situado na periferia geopolítica do Brasil, apresenta traços constitutivos bastante peculiares àqueles presídios que integram a região amazônica, mas com semelhanças relevantes se comparadas, por exemplo, ao episódio do "Massacre do Carandiru" (1992) ocorrido na região sudeste. Também se aproxima da grave situação do "Presídio Central de Porto Alegre (1994)" no sul do país, este segundo a classificação dada pelos integrantes da Comissão Parlamentar de Inquérito - CPI, no relatório final de 2008, é considerado como o "... pior presídio do país, sendo descrito como [uma visão grotesca, surreal, absurda e desumana] – [a masmorra do século 21] (BRASIL, 2009, p. 170 *apud* CARDOSO, *et. al.*, 2014).

### **3. A espetacularização da violência e a rebelião de 2002 no presídio "Urso Branco" em Rondônia: As representações no webjornalismo através do site de notícia *Folha Online***

A rebelião de 2002 no Urso Branco em Rondônia, amplamente coberta pelos veículos de informação midiáticos, ganharam relevo no cenário nacional, sobretudo, porque os fatos que se desdobraram naqueles eventos, alguns deles sendo inclusive transmitidos em tempo real, foram paulatinamente identificados e designados pela imprensa como expressões máximas de crueldade, violência e barbárie cometidas por "seres humanos" contra sua própria espécie (FOLHA ONLINE, 2002; FOLHA ONLINE, 2010).

Neste sentido, já existem importantes pesquisas acadêmicas que analisam sob o prisma histórico-sociológico as relações entre a mídia e o sistema penal (OXLEY DA ROCHA, 2013; BATISTA, 2002; GOMES, 2012) e de que maneira uma e outro são influenciados reciprocamente na adoção de discursos (e práticas) que reificam processos autoritários

de legitimação de determinados *status quo* e, no caso em específico da mídia jornalística, auxiliam na construção social de representações, geralmente estereotipadas, sobre prisões, violência, criminalidade e é claro, de seus respectivos sujeitos (“bandido”, “detentos”, etc.).

Todavia, por existirem lacunas consideráveis de estudos que possam dar conta das relações entre *webjornalismo* e sistema prisional - este por ser considerado um dos objetos de alcance social, talvez, um dos mais problemáticos se comparado aos outros elementos integrantes do sistema penal - é relevante afirmarmos a importância desse conhecimento acerca dos complexos processos políticos, sociais, culturais que contribuem para torná-lo, ou no mínimo fazê-lo parecer, legítimo e necessário pela sociedade.

Um indício que pode nos auxiliar na compreensão da complexidade desse processo é a rebelião de 2002 no presídio “Urso Branco” em Rondônia, e em específico se tratando da mídia televisiva local, o processo de cobertura feito por este meio alcançou tamanha expressão devido à agilidade com que as notícias eram atualizadas acerca da quantidade de mortos durante os eventos, imagens aterrorizantes de presos sendo decapitados e seus corpos sendo jogados de cima da caixa d’água. Situação essa presenciada em tempo real pelos espectadores através do olho da câmera de filmagem, entrevistas com familiares nervosos aguardando notícias de detentos, reportagens ao vivo sobre a situação do presídio em diferentes momentos do dia.

Esses “espetáculos de violência”<sup>2</sup>, que envolveram a rebelião de 2002 no presídio Urso Branco, não ficaram restritos somente à cobertura televisiva local, mas também foram exibidos através de reportagens diárias em telejornais de várias emissoras dos canais abertos. Contudo, cabe aqui pontuarmos a face, talvez, menos perceptível que foi o papel exercido pelo *webjornalismo* na cobertura daquelas rebeliões, através dos matérias publicadas pelo *webjornal* Folha de São Paulo, este apesar do nome, noticia assuntos de abrangência nacional e possui também suporte físico (jornais

2 A noção faz referência ao termo cunhado por Guy Debord em 1967 no seu livro *A sociedade do espetáculo*, para o qual “O espetáculo não é um conjunto de imagens, mas uma relação social entre pessoas, mediatizada por imagens (DEBORD, 2003)”.

impressos).

Para tanto, antes de analisarmos de forma mais detida as matérias produzidas sobre a rebelião de 2002 no presídio Urso Branco veiculadas pelo *webjornal* selecionado, torna-se indispensável que revisitemos as narrativas "oficiais" produzidas sobre a rebelião de 2002. Tais informações encontram-se nos processos judiciais disponíveis no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, denominado "Caso Urso Branco".

A intenção se coaduna com a ideia da viabilização de uma compreensão mais apurada dos fatos analisados, assumindo os riscos de sermos arbitrários em determinados momentos, isso faz-se necessário a esta discussão, pois compartilhamos da concepção de que o historiador/pesquisador, apesar de não ser capaz de "narrar" ou "descrever" a totalidade dos fatos tal "como aconteceram realmente", ilusão esta que foi a linha mestra do historicismo de Leopold Von Ranke no século XIX, cabe a ele, atuar "... no rastreamento e mapeamento do material encontrado visando achar indícios, ou pistas, que sejam característicos do material estudado e que não sejam perceptíveis numa leitura superficial do tema (GINZBURG, 1999, p. 57 *apud* OLIVEIRA, 2009)".

Em relação à rebelião de 2002 no Urso Branco, consta na peça de oferecimento da denúncia, assinada pelo Procurador-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado de Rondônia, José Carlos Vitachi e pelos promotores de justiça Celso Sacksida Valladão, Charles Tadeu Anderson, Marcelo Lima de Oliveira e Cláudio Wolff Harger, tendo como base o IPL (Inquérito Policial) nº 003/02/DECCV, que na situação do presídio "Urso Branco", antes dos fatos denunciados, imperava "o caos administrativo e estrutural. [...] Grupos de presidiários alojados nos dois pavilhões existentes [onde ficam as celas], detinham o poder de mando no cárcere, imposto pela violência generalizada contra os demais presos" (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE RONDÔNIA, 2004).

Em seguida, em outro trecho da mesma peça de denúncia, os promotores acrescentam que "Somando-se ao quadro de desorganização, existiam os presos do [SEGURO], ou seja,

presos ameaçados de morte pelos presos dos pavilhões. Esses presos ameaçados tinham débil garantia de vida, consistente em permanecerem agrupados e apartados em espaços denominados [SEGURO]” (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE RONDÔNIA, 2004).

Além dos presos do “Seguro”, havia também os “Celas-Livres”, ou seja, “no jargão do cárcere designa presos que exercem atividade laboral intramuros. Naquele presídio, a expressão foi deturpada para distinguir, também, presos alheios ao controle da administração prisional, que ficavam noite e dia a perambular por setores da penitenciária.” (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE RONDÔNIA, 2004)”.

Após uma tentativa de fuga frustrada dos presos ocorrida na madrugada do dia 01/01/2002, por volta das 05h00, a Companhia de Controle de Distúrbios - CCD, uma espécie de tropa de choque da Polícia Militar do Estado de Rondônia, no mesmo dia, por volta das 12h00 adentrou nos pavilhões “recolhendo os presos no pátio do banho de sol, exceto os presos do [SEGURO], que permaneceram separados”. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE RONDÔNIA, 2004).

Posterior à revista minuciosa nos pavilhões, fato que durou até as 18h30 do mesmo dia, um grupo de presos foi levado novamente para os pavilhões, ficando separados 45 desses presos designados como “bichos matadores”, pois segundo a administração do presídio esses “tinham ascendência sobre a massa carcerária, chefiavam as ações de fuga, de imposição de mortes e escavação de túneis” (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE RONDÔNIA, 2004).

Para os membros do Ministério Público, quatro fatores contribuíram de maneira decisiva para a eclosão dos homicídios de 27 detentos ocorridos das 20h00 do dia 1º de janeiro de 2002 às 08h00 do dia seguinte: 1) a decisão da administração prisional em devolver 15 dos 45 presos ditos “bichos matadores” às celas dos pavilhões; 2) a tensão entre os detentos devido à fuga frustrada pela intervenção da segurança policial do presídio; 3) o recolhimento dos “CELAS LIVRES” aos pavilhões e; 4) a iminente transferência dos presos com poder de mando para outra unidade prisional”. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE RONDÔNIA, 2004)

Neste sentido, em outro trecho da denúncia enviada ao Juiz da 2<sup>a</sup> Vara do Tribunal do Júri da Comarca de Porto Velho consta que

... no fatídico dia 1º de janeiro de 2002, por volta das 18h00, com unidade de desígnios e propósitos [referindo-se aos administradores da prisão à época dos fatos], decidiram transferir 66 [sessenta e seis] presos integrantes do [SEGURO], (...) das dependências separadas que ocupavam, para celas dos pavilhões e da IGREJA, esta transformada em cela coletiva, verdadeira extensão dos pavilhões. (...) Os presos do [SEGURO] foram arrastados para os pavilhões e IGREJA, esperneando e clamando por suas vidas, com a certeza das atrocidades que iriam sofrer, sendo que os agentes públicos foram insensíveis aos seus desesperados apelos. (...) Quando a CCD abriu a porta da IGREJA, seis presos oriundos do [SEGURO] (...), que lá tinham sido deixados misturados a um grupo rival de aproximadamente 25 [vinte e cinco] apenados, **pediram socorro, temendo por suas vidas, pois estavam sendo severamente agredidos pelos desafetos que ali já habitavam, fato que revelava a todos uma amostra que iria ocorrer com os outros presos do [SEGURO] absurdamente colocados nos pavilhões** (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE RONDÔNIA, 2004, grifo nosso).

A situação no interior do presídio piorou de maneira absurda, pois após as 20h00 do dia 01/01/2002, quando os agentes penitenciários e os policiais militares da tropa de choque se retiraram dos pavilhões, segundo apontam os denunciantes do Ministério Público Estadual o "local voltou a se tornar território sob domínio dos presos que exerciam poder de mando na penitenciária. Eles trafegavam por entre as celas, em todas as direções, passando pelos buracos de suas paredes e lajes" (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE RONDÔNIA, 2004). Essa situação, por consequência, levou ao homicídio de 27 presos executados por outros presos, sendo a maioria dolosa e fatalmente mortos com golpes, que segundo constam nos exames tanatoscópicos, de armas artesanais do tipo pontiagudas semelhantes a facas afiadas, conhecidas como "chuchos" ou "chunchos".

É relevante assinalarmos que esse desdobramento trágico da

rebelião não se tratou de um “acidente” no percurso da atividade rotineira daquela prisão, fato que pode ser confirmado nas palavras do, à época, diretor geral da penitenciária, através do Ofício nº 010/DG/PSM/JMA/SUPEN de 12/12/2001 dirigido ao Superintendente de Assuntos Penitenciários do Estado de Rondônia. No documento, o diretor pede providências urgentes junto ao Governador do Estado e ao Poder Judiciário rondoniense “ressaltando que o mesmo [referindo-se ao presídio Urso Branco] lamentavelmente já foi palco de ocorrência desagradáveis, com mortes violentas e torturas” (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE RONDÔNIA, 2004, comentário nosso). Sobre a grave situação do presídio, o diretor informa que:

1º - Nossa população carcerária já atingiu níveis alarmantes, atualmente já próximo ao número de 800 [oitocentos] presos, com capacidade apenas para 360 [trezentos e sessenta], portanto em condições inadmissíveis para recolher mais presos, considerando ainda a fragilidade existente nos pavilhões internos, bem como o difícil trabalho de monitorização, por parte dos agentes penitenciários. (...)

3º- Referindo-se ainda ao inchaço da população carcerária, agora virou rotina o recolhimento de presos nos locais denominados de “SEGURO”, por determinação judicial, sendo que estes locais ficam fora dos pavilhões internos, alguns bem próximo do portão de acesso, inadequados para o recolhimento de presos (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE RONDÔNIA, 2004).

Constam nos autos do processo criminal, o termo de declarações do detento A.D.S.<sup>3</sup>, colhido no dia 04/01/2002, ainda nas dependências do presídio Urso Branco, explicando, de maneira dramática e aterrorizante, os fatos que se desenvolveram após a saída dos agentes e da força policial dos pavilhões, pois segundo relatou o detento:

Que logo em seguida o declarante afirma que começou a matança; aonde os presos que lá se encontravam todos livres começaram a matar os outros apenados que também foram transferidos aonde

---

3 Os nomes e a qualificação completa dos presos citados foram suprimidos para este trabalho, podendo ser consultados na íntegra diretamente no processo criminal disponível no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça de Rondônia.

tais apenados agiam da seguinte forma: na medida em que os outros apenados eram colocados com os demais apenados em suas respectivas celas, eram dominados, amarrados e amordaçados e ato contínuo covardemente atacados com golpes de chuchos por todo o corpo sem qualquer piedade, pois na hora do evento as vítimas ficavam de joelhos chorando, pedindo pelo amor de Deus para não morrerem, todavia, não foram atendidos pelos matadores (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE RONDÔNIA, 2004)<sup>4</sup>.

Na denúncia, consta também que os presos vitimados antes de serem mortos, eram severamente torturados, recebendo diversas "chuchadas" em órgãos não vitais de seus corpos, situação assim citada pelos promotores de justiça do "Caso Urso Branco" que indica que:

A vítima<sup>5</sup> [...] pediu a seus algozes que parasse de espancá-lo e o matasse de vez. A vítima [...], além de golpes de [chuchos] em órgãos não letais, foi torturado com choques elétricos antes de receber as estocadas que ceifaram sua vida. A vítima [...], sofreu diversas estocadas de [chuchos] e depois foi dependurado pelo pescoço até morrer. Os presos [...] decapitaram a vítima [...] (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE RONDÔNIA, 2004)

A "chacina do Urso Branco" de 2002, como foi designada pela imprensa local, na época e posteriormente também, (FOLHA ONLINE, 2002; CARAZZAI, 2011; RONDÔNIA AO VIVO, 2010a, 2010b; RONDÔNIA AO VIVO, 2013; RONDÔNIA AO VIVO, 2014; RONDÔNIA AO VIVO, 2015;) teve seu desfecho quando a tropa de choque da Polícia Militar do Estado adentrou os pavilhões por volta das 16h00 do dia 02/01/2002 e recolheu os corpos dos 27 presos.

4. A grafia foi mantida idêntica ao constante no termo de declarações colhido na época dos fatos.

5. Os nomes das vítimas foram suprimidas neste trabalho a fim de garantir o direito à honra e a memória de seus respectivos familiares, podendo tais nomes serem consultados no processo judicial disponível e acessível ao público em geral através do site do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia.

#### 4. Conclusão

A violência e a barbárie das rebeliões de 2002 e 2004 ocorridas dentro do presídio Urso Branco em Rondônia são bastante representativas do sintomático fracasso do Estado brasileiro na administração carcerária. Assolados por gravíssimos problemas de superlotação, motins, maus-tratos aos apenados por parte de agentes de segurança, uso de drogas, situações que, por ora, não se observa qualquer tipo de projeção para uma saída que seja condizente para um país democrático.

A ampla cobertura feita pela imprensa local e nacional na época marcou profundamente a maneira como os cidadãos observavam o fenômeno da violência ocorrido dentro do presídio Urso Branco. Desse modo, o *webjornalismo* também contribuiu para que o caráter noticioso se articulasse com a construção de um certo imaginário social sobre violência, rebeliões e mortes ocorridas em presídios. Na cobertura, prevaleceu o “espetáculo das mortes” transmitidas em tempo real pelos diversos meios de comunicação, inclusive pelo *webjornal* Folha de São Paulo (FOLHA ONLINE, 2002).

No caso específico do presídio Urso Branco, durante a rebelião de 2002, no qual o Estado Brasileiro, em decorrência das atrocidades cometidas dentro daquela unidade prisional durante os eventos estudados, encontra-se permanentemente sob a vigilância dos organismos internacionais e principalmente da Corte Interamericana de Direitos Humanos, através das medidas provisórias que vinculam não somente o Estado de Rondônia, mas o Estado Brasileiro, tamanha a gravidade que marcaram aqueles eventos aterradores.

Neste sentido, o *webjornalismo* estudado aqui sob a ótica de um *webjornal* nacional, Folha de São Paulo, e análise dos discursos percebidos no processo criminal sobre a rebelião de 2002 no presídio Urso Branco, num período em que esses meios de informação se destacavam pelos aspectos multicomunicacionais e a expansão da Internet contribuiu ainda mais para o maior acesso de pessoas à cobertura feita das rebeliões.

Percebe-se, portanto que, a partir da expansão da Internet e da

análise das representações sobre a rebelião de 2002 veiculadas no *webjornal* Folha de São Paulo, as imagens eleitas como representativas das rebeliões, os textos jornalísticos produzidos e os vídeos divulgados, contribuíram para a construção do imaginário social acerca do cárcere em Rondônia. Tal construto, de certa maneira, influenciou no processo de desumanização dos detentos e assim os expôs às práticas de violações de direitos humanos, ressaltando que este processo não é unidimensional na medida em que se encontra relacionado aos condicionantes históricos, sociais, políticos, jurídicos e sobretudo culturais.

Neste panorama, as imagens bárbaras de "corpos de presos sendo jogados sem cabeça de cima da caixa d'água do presídio" ou representações de "apenados jogando bola com a cabeça de um detento na quadra de esporte", cenas que inclusive inspiraram músicas que retratam o cotidiano dos presidiários, assim como o desespero dos familiares durante as rebeliões estudadas, podem ser pensadas a partir do prisma de que as imagens da rebelião de 2002 no Urso Branco acabou se tornando tão representativa da violência e do cárcere em Rondônia, que contribuiu para forjar a construção de traços do imaginário social local e nacional.

Neste mesmo enfoque, há de se perceber que as notícias vinculadas sobre as rebeliões dentro do presídio Urso Branco, no *webjornal* analisado, referem-se, principalmente, não ao cerne do problema prisional nos níveis local e nacional, mas especialmente à notícia como "espetáculo de horror" e barbárie à ser consumido cotidianamente, sem contudo, em qualquer momento, ter sido aberto qualquer tipo de debate condizente com a responsabilidade social do Estado e dos meios de comunicação nesse processo.

Para tanto, ao que nos indica esta investigação, o *webjornal* Folha de São Paulo fez uso das mais variadas ferramentas existentes para interação na plataforma *web*, de modo que, se tornou uma das poucas formas de visualização aberta 24 horas ao olhar do visitante da Internet, com espaço superior às notícias vinculadas pela rede de televisão aberta, e ainda com maior capacidade de interação e reprodução em outras mídias digitais.

Enfim, a noção de espetacularização do crime e da violência percebidos durante a cobertura jornalística da rebelião de 2002 no presídio Urso Branco em Rondônia, através dos *webjornal* Folha de São Paulo, se destacou como a mais adequada, pois estimulou a compreensão de que a construção do imaginário social não se dá de maneira bidimensional, mas que no caso estudado, esteve de certa forma ligado às práticas de violações de direitos humanos dos detentos recolhidos naquele presídio.

## 5. Referências

ALVAREZ, M. C. Punição, Sociedade e História: algumas reflexões. In: Revista Métis: História e Cultura, v. 6, n. 11, p. 93-105, jan./jun. 2007. Disponível em: <<http://www.ucs.br/etc/revistas/index.php/metis/article/viewFile/826/583>> Acesso em: 29/09/2015.

AMENONE, L. [et. al.]. Insegurança Pública: Reflexões sobre a criminalidade e a violência urbana. São Paulo: Nova Alexandria, 2002.

ARENKT, H. Origens do totalitarismo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

As ciências sociais e os pioneiros nos estudos sobre crime, violência e direitos humanos no Brasil / organização: Renato Sérgio de Lima, José Luiz Ratton. – São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública; Urbania; ANPOCS, 2011. Disponível em: <[http://www.forumseguranca.org.br/storage/download//livro\\_anpocs.pdf](http://www.forumseguranca.org.br/storage/download//livro_anpocs.pdf)> Acesso em: 18/06/2015.

BANN, S. As invenções da História: ensaios sobre a representação do passado. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1994.

BENJAMIN, W. Magia e técnica, arte e política: ensaios sobre literatura e história da cultura. 7. ed., São Paulo: Brasiliense, 1994.

BOBBIO, N. *A era dos direitos*, Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BORDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Rio de Janeiro. 2. ed. São Paulo: Bertrand Brasil, 1998.

\_\_\_\_\_. *Razões Práticas: Sobre a teoria da ação*. Campinas, SP. Papipus, 1996.

Brasil. *Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário. CPI sistema carcerário*. Brasília : Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009. 620 p. – (Série ação parlamentar) n. 384. Disponível em: <[bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/2701/cpi\\_sistema\\_carceral.pdf?](http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/2701/cpi_sistema_carceral.pdf?)> Acesso em: 13/08/2016.

BRASIL. *Relatório Final da Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário: CPI do sistema carcerário*. Brasília: Câmara dos Deputados/ Edições Câmara, 2009. p. 170.

CARDOSO, T. A. F. R., et. al., *Sistema Prisional e Direitos Humanos: A (in)suficiente responsabilização internacional do Estado Brasileiro*. Disponível em: <<http://www.cedin.com.br/wp-content/uploads/2014/05/Artigo-Tatiana-Betina-Vin%C3%ADcius.pdf>> Acesso em: 19/05/2016.

CARAZZAI, EstelitaHass (2011) *Ex-diretores de presídio em RO vão a julgamento por chacina*. 23 de fevereiro. Página consultada em 07 de outubro de 2015 <[www1.folha.uol.com.br/cotidiano/879805-ex-diretores-de-presidio-em-ro-vao-a-julgamento-por-chacina.shtml](http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/879805-ex-diretores-de-presidio-em-ro-vao-a-julgamento-por-chacina.shtml)>

CARAZZAI, EstelitaHass (2011). *A absolvição de acusados por chacina em presídio indigna ONGs*. Folha de São Paulo. 28 de Fevereiro. Página consultada em 07 de outubro de 2015 <[www1.folha.uol.com.br/cotidiano/882101-absolvicao-de-acusados-por-chacina-em-presidio-indigna-ongs.shtml](http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/882101-absolvicao-de-acusados-por-chacina-em-presidio-indigna-ongs.shtml)>

CARAZZAI, EstelitaHass (2011). *Segundo funcionário de presídio é absolvido por chacina em RO*. 24 de fevereiro. Página consultada em 07 de outubro de 2015 <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/880813-segundo-funcionario-de-presidio-e-absolvido-por-chacina-em-ro.shtml>>

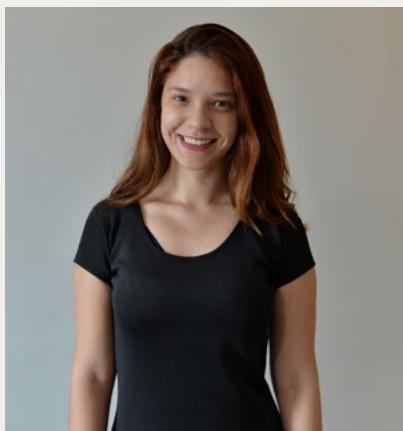
CARAZZAI, EstelitaHass et al., (2011) *Ex-gerente do sistema penitenciário de RO é absolvido da acusação de chacina*. 24 de fevereiro. Página consultada em 07 de outubro de 2015 <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/880274-ex-gerente-do-sistema-penitenciario-de-ro-e-absolvido-da-acusacao-de-chacina.shtml>>

CERTEAU, Michel de. *A Escrita da História*. Rio de Janeiro: Forense-Universitária, 1982.

CHARTIER, Roger. *A história cultural: entre práticas e representações*. Portugal. 2. ed. Difel/Difusão Editorial, 2002. (Coleção Memória e Sociedade).

DEBORD, G. *A sociedade do espetáculo*. 2003. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/socespetaculo.pdf>> Acesso em: 06/06/2016.

DOS SANTOS, E. R. *Relatório de Visitas de Inspeção*. Brasília: Ministério da Justiça/Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, 2011. s.p. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/cnpcp-1/relatorios-de-inspecao-1/relatorios-de-inspecao-2011-1/2011relatoriorondonia.pdf/view>> Acesso em: 19/05/2016



### **Gabriela Soares**

Pós-graduanda em Direito para Carreira da Magistratura pela Escola da Magistratura de Rondônia - Emeron. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Rondônia - Unir. Assessora Jurídica da Defensoria Pública Estadual do Estado de Rondônia. (CV-Lattes)

## **LINCHAMENTO VIRTUAL: DIREITOS HUMANOS E RESPONSABILIDADES À LUZ DA LEI 12.965/14 - MARCO CIVIL DA INTERNET**

**Gabriela Soares**

### **RESUMO**

A pesquisa motiva-se no surgimento de uma cultura marcada pela exposição de si e do outro e que, em razão da amplitude e difusão das informações, proporciona ferramentas positivas e negativas aos usuários da internet. Tal mecanismo é capaz de propiciar que pessoas, ou grupo de pessoas, se reúnem para “apreciar” um fato e, a partir disso, formar um juízo de valor capaz de trazer consequências que ultrapassam o virtual, invadem o mundo real e acarretam efeitos incomensuráveis. O linchamento virtual aparece como o apedrejamento e a violência física dos tempos medievais, quando havia a agressão incansável do suposto transgressor com mensagens pejorativas até obter seu “assassinato”. Nesse contexto, ressalta-se que, no Brasil, já foram registrados casos de homicídios e suicídios em decorrência da violência on-line. Assim, este artigo analisou a efetividade da Lei 12.965/14 nos aspectos relativos à proteção e responsabilização dos envolvidos no linchamento virtual, especialmente, o expectador, que é aquele que dissemina o ato através de compartilhamento, identificando quando se configura a violação de direitos humanos na internet. Para tanto, buscou-se explorar a dinâmica das relações sociais virtuais, os limites da exposição, liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento no ambiente cibernético, bem como o estudo do texto da Lei 12.965/14 no que concerne às responsabilidades.

**Palavras-chave:** Cyberbullying. Direitos Humanos. Lei 12.965/14. Direito Cibernético.

## ABSTRACT

This research is motivated by the emergence of a culture marked by exposure of oneself and other, because of the wide diffusion of information, provides positive and negative tools to Internet users. Such a mechanism is capable of enabling people or a group of people to come together to "appreciate" a fact and, from that, form a judgment of value capable bringing consequences that surpass the virtual, invades the real world and entails immeasurable effects. Virtual lynching appears as the stoning and physical violence of medieval times, when there was the relentless assault of the alleged transgressor with pejorative messages until his "murder." In this context, it is noteworthy that, in Brazil, cases of homicides and suicides have already been registered as a result of online violence. Thus, this article analyzed the effectiveness of Law 12.965 / 14 on the aspects related to the protection and accountability of those involved in virtual lynching, especially the viewer, who is the one who disseminates the act through sharing, identifying when the violation of human rights on the Internet. To do so, we sought to explore the dynamics of virtual social relations, the limits of exposure, freedom of expression, communication and expression of thought in the cybernetic environment, as well as the study of the text of Law 12.965 / 14 regarding responsibilities.

**Keywords:** Cyberbullying. Human rights. Law 12.965/2014. Cyber Law.

## 1. Introdução

Este trabalho apresenta-se subdividido em quatro partes que versam sobre as demandas sociais contemporâneas ocasionadas pelo avanço da tecnologia e da informação, especificamente, sobre o assédio virtual configurado como *cyberbullying*, seu conceito e suas características.

A primeira parte aborda a dinâmica dos conflitos sociais na internet através de uma fundamentação sociológica e cultural, bem como a contextualização da violência virtual na sociedade, explorando alguns institutos presentes na conduta até chegar ao conceito de linchamento virtual.

Em seguida, o segundo tópico trata dos Direitos Humanos na Era Digital com base no que dispõe a Lei 12.965/14 – Marco Civil da Internet e na Constituição Federal Brasileira. Procura-se identificar a proteção trazida pela lei, correlacionando-a ao princípio da dignidade da pessoa humana e apontando ações que objetivam a efetivação da proteção conferida.

O terceiro item discorre sobre os direitos e garantias constitucionais que se encontram nas relações sociais da internet, fazendo um contraponto entre o direito à manifestação de pensamento, liberdade de expressão e os direitos da personalidade a fim de se ponderar se há prevalência de algum deles.

Por fim, a quarta parte estuda a responsabilização dos envolvidos na conduta com base no que dispõe a Lei 12.965/14 para que seja verificado se os mecanismos em vigor são suficientes para reprimir a violência vivenciada no ambiente virtual e quais as consequências legais desses comportamentos, com enfoque nas pessoas que comentam e compartilham a informação, ainda que não seja autor do ato.

O objetivo do tema proposto foi analisar a efetividade da Lei 12.965/14 – Marco Civil da Internet no que concerne à proteção e responsabilidades dos envolvidos na prática do linchamento virtual. Para isso, mostrou-se necessário o estudo da legislação vigente, doutrinadores e jurisprudências a respeito do assunto.

## **2. A dinâmica dos conflitos sociais na internet**

A Era Digital é marcada pela velocidade do fluxo de dados em rede e isso ocorre em virtude do fenômeno da globalização e expansão da internet. Embora se trate de um instituto relativamente recente e

com pouca legislação disponível, observa-se o surgimento de novos paradigmas de comunicação incorporados nas relações sociais e principalmente nas relações afetivas.

Inicialmente, é preciso trazer o conceito de cibercultura e ciberespaço empregados por Pierre Levy<sup>1</sup> em sua obra:

O ciberespaço é o novo meio de comunicação que surge da interconexão mundial dos computadores. O termo especifica não apenas a infraestrutura material da comunicação digital, mas também o universo oceânico de informações que ela abriga, assim como os seres humanos que navegam e alimentam esse universo. Quanto ao neologismo “cibercultura”, especifica aqui o conjunto de técnicas (materiais e intelectuais), de práticas, de atitudes, de modos de pensamento e de valores que se desenvolvem juntamente com o crescimento do ciberespaço.

A partir do texto, pode-se extrair os direcionamentos de estudo deste fenômeno moderno, embora a obra tenha sido elaborada há quase 20 anos e que muito se desenvolveu durante esse período, observa-se que tais conceitos encontram-se bem definidos e correspondem ao espaço de comunicação e informação que se tem atualmente.

Todavia, assim como a ascensão de facilidades e fatores positivos, a violência também chegou ao mundo cibernético. O *cyberbullying* corresponde à uma derivação do termo “*bullying*”, este último, nas definições de Olweus<sup>2</sup>, traduz um comportamento de agressão intencional e nocivo, realizado de forma sistemática e repetida entre indivíduos do mesmo estatuto social, mas em que se verifica uma clara assimetria de poderes na relação isto é, a vítima revela-se sempre mais fraca, física ou psicologicamente.

Nessa linha, o assédio que ocorre no universo virtual faz uso de tecnologias de informação e comunicação para manter comportamentos hostis, deliberados e repetitivos contra um indivíduo ou grupo a fim de prejudicá-los. Conforme pontuado

1 LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. São Paulo: Editora 34, 1999.

2 Olweus, D. (1993). *Bullying at school: what we know and what we can do*. Cambridge, MA: Blackwell.

por Hinduja<sup>3</sup>, os exemplos dessa prática incluem a intimidação, o controle, a manipulação, o descrédito, a humilhação, a perseguição ou a exposição de pessoas por parte de indivíduos que podem ou não conhecê-las através dos meios digitais de comunicação.

Ocorre que as consequências do assédio virtual são amplificadas, tendo em vista a facilidade de propagação e a consequente expansão do poder de agressão e constrangimento por meio de compartilhamento de conteúdo e a enxurrada de comentários que se estabelece nas publicações da vítima.

A intensidade do assédio virtual também trouxe a violência virtual como derivação das definições de linchamento, conforme se abstrai da raiz histórica do termo na lição de Damásio de Jesus<sup>4</sup>:

William Lynch, um fazendeiro americano (1742-1820) de Pittsylvania (Estado de Virgínia), criou um tribunal privado para julgar e executar criminosos apanhados em flagrante prática de crimes graves. O Julgamento e a execução incumbiriam, decididos sumariamente, por uma multidão. Daí derivaram as expressões linchamento e Lei de Linch. No Código Penal brasileiro, o fato, por si só, constitui o crime de fazer justiça pelas próprias mãos, denominado exercício arbitrário das próprias razões (art. 345), sem prejuízo da violência cometida contra a vítima (ex.: homicídio). Arvoram-se os linchadores em arautos da Justiça, pretendendo substituir o Estado, único titular do “jus puniendi”.

A violência virtual pode ser discutida dentro do conceito de violência simbólica de Pierre Bourdieu<sup>5</sup> em sua obra *O Poder Simbólico*. O autor afirma, em suma, que o poder simbólico é originário dos símbolos e signos da linguagem e a violência simbólica decorre desses elementos e adquire-se através dos discursos presentes nas relações de comunicação e de conhecimento.

3 HINDUJA, S.; *Bullying beyond the schoolyard: Preventing and responding to cyberbullying* (Thousand Oaks, CA: Corwin Press), 2009, p. 11.

4 DE JESUS, Damásio Evangelista. *Linchamentos*. *Jornal Carta Forense*. Disponível em <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/columnas/linchamentos/13792>>, acesso em 17 de jul. de 2018

5 IBIDEM

Igualmente, a violência simbólica para Slavoj Žižek<sup>6</sup> está dentro do conceito de violência subjetiva, que é aquela que se encontra intrínseca na estrutura social, imbuída na percepção cotidiana de normalidade, divide-se em simbólica e sistêmica. Assim, a violência simbólica é aquela que acontece por meio da linguagem, das imposições discursivas, enquanto a sistêmica é uma consequência do sistema político e econômico, ou seja, está nas estruturas sociais.

Pode-se dizer que as redes sociais são como sistemas simbólicos, que se manifesta através de símbolos e signos de linguagem, e nesse contexto, a violência se manifesta na reprodução dos grupos sociais.

Um ponto relevante a ser observado encontra-se no distanciamento que reside nas relações virtuais. Para Raquel Recuero<sup>7</sup>, a distância entre os atores permite a existência da sensação do anonimato, uma vez que a relação do corpo físico e a personalidade do ator não é imediatamente reconhecido, e como resultado desta particularidade tem-se a facilidade para iniciar e terminar relações, já que estas não envolveriam o "eu" físico do ator.

Campbell e Manning<sup>8</sup> discorrem sobre a necessidade de atrair atenção de pessoas, designando a noção de proximidade e/ou pertencimento e acaba criando um conflito maior. Assim, o termo que denominaram de "microagressões" são usadas dentro da internet como uma forma de controle social, essencialmente como campanhas de suporte para determinada causa, não objetivando a atenção para uma causa singular e específica, mas que, juntas, são mais graves do que qualquer incidente individual.

O longa-metragem brasileiro *Aos Teus Olhos*<sup>9</sup>, lançado em abril de 2018, propõe o diálogo acerca do poder do linchamento virtual e seus efeitos. No drama, o professor de natação tem sua vida transformada depois que um aluno conta para mãe que o professor teria lhe beijado e diante disso, a mãe expõe o caso nas redes sociais gerando o ódio.

Apesar de o exemplo trazido tratar-se de um filme, esse cenário se

6 ŽIŽEK, Slavoj. *Violência: seis reflexões laterais*. São Paulo: Biotempo, 2014, p. 17

7 RECUERO, R. *Redes sociais na internet*. Editora Sulina, Porto Alegre, 2009, p. 24.

8 CAMPBELL, B. e MANNING, J. *Microaggressions and Moral Cultures, Comparative Sociology*, Editora Brill, NY, v.13, Issue 6, p. 692-726, 2014, p. 696.

9 *AOS TEUS OLHOS*. Direção: Carolina Jabour Produção: Conspiração Filmes. Brasil, 2018.

repete dia após dia na vida real, na qual uma imagem fora de contexto, uma expressão de mau tom, ou uma conduta ainda sem apuração legal tornam-se alvo de acusações, julgamentos e condenações populares dentro de poucas horas. Nesse momento, vem à tona a exigibilidade dos princípios do devido processo legal e presunção de inocência. No entanto, em virtude da dimensão do estudo a ser explorado dentro das garantias processuais, tais elementos não serão abordados nesta pesquisa.

Também, salienta-se a dificuldade de individualizar as condutas criminosas e, entre todos os institutos que serão explorados, destaca-se a figura do espectador – que não é aquele que ofende diretamente e nem aquele que sofre a ação, mas se torna um personagem fundamental e é o causador do alastro desses danos, compartilhando a humilhação, enviando aos amigos e reproduzindo indistintamente a ofensa.

Diante disso, ao desafio de enfrentar os crimes cibernéticos, bem como os a defesa ao direito à privacidade e à segurança, o Brasil aprovou a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014<sup>10</sup>, o Marco Civil da Internet. A lei surgiu em razão do anseio de ver regulamentadas questões emergentes dos direitos cibernéticos e estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet.

### **3. Os Direitos Humanos na Era Digital**

A proteção dos direitos humanos está disposta na Lei 12.965/14, que logo em seu artigo 2º, preceitua:

Art. 2º A disciplina do uso da internet no Brasil tem como fundamento o respeito à liberdade de expressão, bem como:

- I - o reconhecimento da escala mundial da rede;
- II - os direitos humanos, o desenvolvimento da personalidade e o exercício da cidadania em meios digitais;

---

<sup>10</sup> BRASIL. *Lei 12.965 de 23 de Abril de 2014*. Disponível em: <[http://www.Planalto.Gov.Br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/l12965.Htm](http://www.Planalto.Gov.Br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.Htm)>. Acesso em: 20 jul. 2018.

Conforme definição utilizada pelas Nações Unidas<sup>11</sup>, direitos humanos são comumente compreendidos como aqueles direitos inerentes ao ser humano. Significa reconhecer que cada ser humano pode desfrutar de seus direitos sem distinção de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outro tipo, origem social ou nacional ou condição de nascimento ou riqueza, protegendo indivíduos e grupos contra ações que interferem nas liberdades fundamentais e na dignidade humana.

Dessa forma, a proteção ao assédio virtual nas redes sociais é questão de proteção à dignidade da pessoa humana por se tratar de característica essencial do homem individual e coletivamente considerado.

Ingo Wolfgang Sarlet<sup>12</sup> trata do assunto dentro de uma perspectiva filosófica, na qual a dignidade é algo inerente ao ser humano (dimensão ontológica), que exige reconhecimento e respeito por parte dos demais seres humanos (dimensão intersubjetiva) e do ponto de vista jurídico, implica limites à ação humana, como forma de proteção contra atos degradantes (dimensão negativa) da mesma maneira que deve ser promovida ativamente para garantir uma vida saudável a todos (dimensão positiva). *In verbis*:

A dignidade da pessoa humana é a qualidade intrínseca e distinta reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que **assegurem a pessoa proteção contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existentes mínimas para uma vida saudável**, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável **nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida**. [grifo nosso]

11 BRASIL. Nações unidas no Brasil (ONUBR). *O que são Direitos Humanos*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/>>. Acesso em 20 de jul. 2018

12 SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 61

Assim, tendo em vista que os atos violentos na internet adquirem repercussões reais e provocam danos concretos no contexto social, tais condutas devem ser coibidas.

Ainda que haja pouca definição legal e escassos mecanismos de identificação e prevenção em confronto à velocidade e propagação de informações, deve-se invocar o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto na Constituição Federal<sup>13</sup> e aplicável aos casos de violência virtual, conforme previsão expressa de garantia e previsto na Lei 12.965/12, isto porque, deve-se prezar pela construção de uma cidadania orientada à manutenção dos direitos humanos.

Neste sentido, por iniciativa do Governo Federal, tendo por fundamento o Pacto Nacional de Enfrentamento às Violações de Direitos Humanos na internet foi criado o Humaniza Redes<sup>14</sup>, de acordo com o art. 5º do Decreto nº 8.162/2013<sup>15</sup>, então vigente à época. Ao Departamento de Ouvidoria Nacional de Direitos Humanos compete, entre outras atribuições, receber, examinar e encaminhar denúncias e reclamações sobre violações de Direitos Humanos.

A plataforma virtual tem o "objetivo de ocupar esse espaço usado, hoje, amplamente pelos brasileiros para garantir mais segurança na rede, principalmente para as crianças e adolescentes, e fazer o enfrentamento às violações de Direitos Humanos que acontecem *online*" que conforme descrição do site, o movimento está composto por três eixos de atuação: denúncia, prevenção e segurança, permitindo aos usuários brasileiros maior informação e conscientização acerca do tema.

---

13 BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 15 jun. 2018.

14 BRASIL. Governo Federal. Humaniza Redes. *O Que é?* Disponível em: <<http://www.humanizaredes.gov.br/o-que-e/>>. Acesso em 22 jul. 2018.

15 BRASIL. Decreto nº 8.162/2013, de 18 de dezembro de 2013. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/decreto/D8162.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/D8162.htm)>

#### **4. Direitos e garantias constitucionais – manifestação de pensamento e liberdade de expressão versus direitos da personalidade**

Os direitos e garantias fundamentais estão previstos nos incisos do art. 5º da Constituição Federal e, entre outros, estabelece a livre a manifestação do pensamento, a liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, bem como a inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação<sup>16</sup>.

O pesquisador Marcelo Thompson<sup>17</sup>, em seus estudos acerca Marco Civil da Internet, discorre acerca da supervalorização da liberdade de expressão do usuário da internet, que acaba conferindo notável prioridade sobre outros direitos fundamentais — por exemplo, sobre o direito à privacidade e sobre o direito à honra.

De igual modo, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 130<sup>18</sup> declarou inconstitucional a Lei de Imprensa, considerando-a incompatível com o regime constitucional da liberdade de expressão e da comunicação social. Apesar de tratar de assunto diverso, está inserido dentro do contexto das necessidades emergentes de regulamentação da internet e tratava da necessidade de intensificar a fiscalização e penalidade dos excessos cometidos na internet.

Entre os argumentos utilizados pelo o ministro Ayres Britto, relator do processo supracitado, os direitos do bloco da liberdade de expressão e da liberdade de imprensa gozam de prioridade sobre os do bloco da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem e, diante disso, só a posteriori se poderia conhecer de violações a esses últimos, e tão somente por meio de indenizações, não podendo a lei

<sup>16</sup> IBIDEM

<sup>17</sup> THOMPSON, Marcelo. *Privacidade Versus Direitos Autorais no Marco Civil*. 12 de Julho de 2012. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-jul-12/responsabilidade-privacidade-direitos-autorais-marco-civil>>. Acesso em 21 de jul. de 2018.

<sup>18</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Lei de Imprensa. Adequação da Ação*. ADPF n. 130. Relator: ministro Ayres Britto. 30 abr. 2009. Dje, Brasília, v. 208, 6 nov. 2009. Inteiro teor disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>>. Acesso em: 24 jul. 2018.

estabelecer limitações constitutivas, senão meramente periféricas, aos direitos do primeiro bloco.

No entanto, embora existam a liberdade de expressão e opinião, não se pode admitir que isto afetasse a vida privada, imagem e honra de outrem, que são considerados invioláveis. Ambos os direitos são tutelados pela Constituição Federal e a despeito de eventuais divergências de prevalência, Robert Alexy<sup>19</sup> cita que “os tipos de colisão são temas centrais da dogmática dos direitos fundamentais”. Pelo exposto, a questão que se apresenta no ambiente virtual, tendo em vista a amplitude de informações encontradas na Internet, aumentam os conflitos entre os direitos fundamentais, cabendo análise específica de cada caso em sua concretude.

## 5. Responsabilidades à luz do marco civil da internet

A lei que institui o denominado “marco civil da internet” é considerada um marco regulatório e é vista pela mídia como “a constituição da internet”, isto porque estabelece princípios, garantias, deveres e direitos para o seu uso no país, bem como regulação jurídica acerca do tema. Trata dos princípios que devem ser observados no uso da internet, direitos e garantias dos usuários, inviolabilidade da intimidade, sigilo das comunicações privadas, guarda dos registros, dados pessoais responsabilidade pelos danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros, além da requisição e ordem judiciais.

Para o promotor de justiça, Rogério Alvarez de Oliveira<sup>20</sup>, o assunto referente às responsabilidades civil e penal foi tratado de maneira genérica, uma vez que o conteúdo encontra-se esparsos no decorrer dos artigos da lei, sendo mencionado diversas vezes, mas sem definições específicas.

Observa-se que o marco civil da internet dispõe que a responsabilização será aplicada nos termos da lei, o que por lógica,

19 ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 56-57.

20 OLIVEIRA, Rogério Alvarez de. *Marco Civil da Internet delineou a responsabilidade civil*. 28 de abril de 2014. Disponível em:<<https://www.conjur.com.br/2014-abr-28/rogerio-oliveira-marco-civil-internet-delineou-responsabilidade-civil>>. Acesso em 21 jul. 2018.

considera-se aquela utilizada para condutas civis e penais não cibernéticas e já previstas nos códigos e legislações extravagantes.

Por outro lado, ao definir conceitos básicos, o legislador trouxe parâmetros importantes para identificação dos responsáveis e proteção de dados, por exemplo, ao tratar do instituto da ordem judicial. Também, restou clara a responsabilização quanto ao provedor de aplicações de internet, ressalvando a hipótese de responsabilização, caso após ordem judicial específica, não adotar providências para tornar indisponível o conteúdo apontado pelo interessado como ofensivo<sup>21</sup>.

Além disso, a lei atribuiu aos juizados especiais a competência de conhecer e decidir as causas sobre ressarcimento por danos decorrentes de conteúdo relacionados à honra, reputação ou direitos de personalidade, assim como as providências sobre sua indisponibilização<sup>22</sup>.

No entanto, o que se procura explorar na pesquisa é a responsabilização do usuário que compartilha e comenta as publicações, tendo em vista que, em regra geral, o linchamento virtual de configura pela reiterada conduta, o que gera a exposição, perseguição e humilhação da vítima.

Dentro desse tema específico de responsabilidade civil por compartilhamento de postagens ofensivas, o acórdão prolatado em sede do recurso de apelação nº. 4000515-21.2013.8.26.0451 do Tribunal de Justiça de São Paulo<sup>23</sup>:

Há responsabilidade dos que 'compartilham' mensagens e dos que nelas opinam de forma ofensiva, pelos desdobramentos das publicações, devendo ser encarado o uso deste meio de comunicação com mais seriedade e não como caráter informal que como entendem as réis.

---

21 BRASIL. *Lei 12.965 de 23 de Abril de 2014*. Disponível em: <[http://www.Planalto.Gov.Br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/l12965.Htm](http://www.Planalto.Gov.Br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.Htm)>. Acesso em: 20 jul. 2018.

22 IBIDEM

23 BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação :APL 40005152120138260451 SP 4000515-21.2013.8.26.0451. Apelante: Monica Rodrigues de Faria e outra. Apelado: Luiz Gustavo Gouveia Lauriano. Relator: Neves Amorim, 26 de novembro de 2013. *LEX: jurisprudência do STJ e Tribunais de Justiça*, São Paulo, 2<sup>a</sup> Câmara de Direito Privado.

No referido recurso, a ré alegou ilegitimidade passiva em sua defesa, ao declarar que não foi autora da postagem, mas tão somente compartilhou. Observa-se que a decisão foi proferida em 2013, antes da entrada em vigor da Lei 12.965/14 e no caso, verificou-se que havia responsabilidade.

Por outro lado, em outro o acórdão<sup>24</sup> prolatado em sede de apelação que tramitou no Tribunal de Justiça de São Paulo em janeiro de 2018, manifestou-se o relator acerca do pedido de indenização em virtude de comentários na rede social Facebook:

Aliás, ressalte-se que são **corriqueiros** os pedidos de indenização sob esse fundamento. Na realidade, os mais **triviais aborrecimentos do dia-a-dia** estão, hoje, sendo equiparados a um sofrimento qualificado como insuportável, resultado de forte dor moral, acompanhado de vergonha. Chega-se a poder afirmar que qualquer contrariedade, mesmo que corriqueira, é, para alguns, nódoa indelével e permanente que mesmo com o pagamento pretendido, talvez nem assim se repare.

Observa-se que, na análise do caso concreto, o julgador considerou desarrazoado o pedido de indenização com base nos comentários, considerando como situação corriqueira e aborrecimentos do dia-a-dia.

Nos demais julgados analisados, nota-se a ponderação entre o caráter informativo do conteúdo publicado, a eventual configuração de ilícito no teor do texto, assim como a identificação e individualização da vítima na ofensa.

## 6. Conclusão

Por todo o exposto,vê-se que a pesquisa trouxe direcionamento ao tema abordado, sem a pretensão de exauri-lo, tendo em vista sua

24 BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação: APL 1003029-06.2017.8.26.0597 Apelante Rita de Cássia Tonielo. Apelado: Facebook Serviços Online do Brasil LTDA e outra. Relator Salles Rossi, 11 de janeiro de 2018. *LEX: jurisprudência do STJ e Tribunais de Justiça*, São Paulo, 8<sup>a</sup> Câmara de Direito Privado.

amplitude. Verificou-se que na solução de conflitos entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade deve-se aplicar o princípio da proporcionalidade, porque, dentro das relações virtuais, o direito de expressar-se e comunicar-se não devem importar em agressão à imagem de outrem. Também, observou-se que a aplicação do princípio da proporcionalidade só consegue ser evidenciado diante da análise de cada caso concreto, uma vez que ainda não há legislação específica que resguarde os direitos cibernéticos. Isso implica dizer que ao ser acionado, o judiciário fará a análise da realidade fática, não havendo precedente acerca do linchamento virtual.

Não obstante, a entrada em vigor da Lei 12.965/14 foi importantíssima para se estabelecer limites norteadores, ainda que em seu texto não seja capaz de exaurir a devida proteção e responsabilização, sem dúvidas, estabeleceu critérios de aplicabilidade.

Quanto a responsabilização civil e penal dos conteúdos gerados na internet, observou-se que em sua grande maioria, são direcionados à um autor específico do fato e que, regra geral, o ato deve ser considerado ilícito ou ofensa direta para sua configuração. Dessa forma, levando-se em consideração o tema proposto, conclui-se que não há responsabilização aos autores indiretos na prática de linchamento virtual, exceto se os comentários tenham conteúdo criminoso ou que ofenda diretamente à pessoa da vítima.

No entanto, o que configura o linchamento virtual não é o fato de receber determinado comentário ofensivo ou discriminatório, mas a prática reiterada que leve ao vexame. Notou-se no estudo que a “manifestação de pensamento” de determinada pessoa não configura responsabilidade, no entanto, ter a conta virtual invadida com a manifestação de pensamento de milhares de pessoas, com o conteúdo ampliado, compartilhado e divulgado, difere-se da pretensão original.

Nesses casos, o ofendido tem a opção de socorrer-se à disposição legal de solicitar judicialmente ao provedor a indisponibilização do conteúdo gerado e só diante do descumprimento, há de se falar em responsabilização. Ocorre que, conforme abordado exaustivamente no decorrer do texto, a velocidade dos dados na Internet impede sua eficácia, isso porque, uma publicação se ramifica dentro de poucos

instantes.

Por fim, outro ponto encontrado foi a dificuldade de individualizar a conduta para propositura de ação judicial, como por exemplo, o número de litisconsortes no polo passivo e a demanda exigida ao judiciário de analisar cada um dos comentários que chegam à milhares. Assim, diversas hipóteses de solução de problemas levantadas têm confrontado com outros princípios igualmente importantes como a manifestação de pensamento e a proteção dos dados de usuários.

Dessa forma, acredita-se que a melhor solução, a curto prazo, seria a conscientização do que deve ou não ser feito no ambiente virtual, bem como explanar as consequências geradas na vida das vítimas e a difusão da informação de que o judiciário precisa ser acionado para que o individuo responda nas esferas civis e penais e essa questão possa ganhar a devida amplitude.

## 7. Referências

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 56-57.

AOS TEUS OLHOS. Direção: Carolina Jabour Produção: Conspiração Filmes. Brasil, 2018.

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constitucional/constitucionalCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucional/constitucionalCompilado.htm)>. Acesso em: 15 jun. 2018.

BRASIL. *Decreto nº 8.162/2013*, de 18 de dezembro de 2013. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/decreto/D8162.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/D8162.htm)>

BRASIL. Governo Federal. Humaniza Redes. *O Que é?* Disponível em: <<http://www.humanizaredes.gov.br/o-que-e/>>. Acesso em 22 jul. 2018.

BRASIL. *Lei 12.965 de 23 de Abril de 2014*. Disponível em: <[http://www.Planalto.Gov.Br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/l12965.Htm](http://www.Planalto.Gov.Br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.Htm)>. Acesso em: 20 jul. 2018.

BRASIL. *Lei 12.965 de 23 de Abril de 2014*. Disponível em: <[http://www.Planalto.Gov.Br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/l12965.Htm](http://www.Planalto.Gov.Br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.Htm)>. Acesso em: 20 jul. 2018.

BRASIL. Nações unidas no Brasil (ONUBR). *O que são Direitos Humanos*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/>>. Acesso em 20 de jul. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Lei de Imprensa*. Adequação da Ação. ADPF n. 130. Relator: ministro Ayres Britto. 30 abr. 2009. DJe, Brasília, v. 208, 6 nov. 2009. Inteiro teor disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>>. Acesso em: 24 jul. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação :APL 40005152120138260451 SP 4000515-21.2013.8.26.0451. Apelante: Monica Rodrigues de Faria e outra. Apelado: Luiz Gustavo Gouveia Lauriano. Relator: Neves Amorim, 26 de novembro de 2013. *LEX: jurisprudência do STJ e Tribunais de Justiça*. São Paulo, 2<sup>a</sup> Câmara de Direito Privado.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação: APL 1003029-06.2017.8.26.0597 Apelante Rita de Cássia Tonielo. Apelado: Facebook Serviços Online do Brasil LTDA e outra. Relator Salles Rossi, 11 de janeiro de 2018. *LEX: jurisprudência do STJ e Tribunais de Justiça*. São Paulo, 8<sup>a</sup> Câmara de Direito Privado.

CAMPBELL, B. e MANNING, J. *Microaggressions and Moral Cultures, Comparative Sociology*. Editora Brill, NY, v.13, Issue 6, p. 692-726, 2014, p. 696.

DE JESUS, Damásio Evangelista. *Linchamentos. Jornal Carta Forense*. Disponível em <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/linchamentos/13792>>, acesso em 17 de jul. de 2018.

HINDUJA, S.; *Bullying beyond the schoolyard: Preventing and responding to cyberbullying* (Thousand Oaks, CA: Corwin Press), 2009, p. 11.

LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. São Paulo: Editora 34, 1999.

OLIVEIRA, Rogério Alvarez de. *Marco Civil da Internet delineou a responsabilidade civil*. 28 de abril de 2014. Disponível em:<<https://www.conjur.com.br/2014-abr-28/rogerio-oliveira-marco-civil-internet-delineou-responsabilidade-civil>>. Acesso em 21 jul. 2018.

OLWEUS, D. (1993). *Bullying at school: what we know and what we can do*. Cambridge, MA: Blackwell.

RECUERO, R. *Redes sociais na internet*. Editora Sulina, Porto Alegre, 2009, p. 24.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 61.

THOMPSON, Marcelo. *Privacidade Versus Direitos Autorais no Marco Civil*. 12 de Julho de 2012. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-jul-12/responsabilidade-privacidade-direitos-autoriais-marco-civil>>. Acesso em 21 de jul. de 2018.

ŽIŽEK, Slavoj. *Violência: seis reflexões laterais*. São Paulo: Biotempo, 2014, p. 17.



### **Diego de Paiva Vasconcelos**

Doutorando em Direito pela Faculdade Nacional de Direito - FND da Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ. Bolsista Capes no Programa de Doutorado Sanduiche no Exterior realizando estágio de pesquisa doutoral na Università Del Salento (Itália). Cultor (Assistente) da Cátedra de Filosofia do Direito na Universidade do Salento (2017/2018), sob direção do Professor Raffaeli De Giorgi. Membro do Centro di Studi sul Rischio - CSR (Itália). Pesquisador do Centro de Estudos e Pesquisas Jurídicas da Amazônia - Cejam. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza - Unifor. Professor Assistente de Direito Constitucional do Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Rondônia - UNIR. Concentra seus esforços de pesquisa nas seguintes áreas: Teoria dos sistemas autorreferenciais; Constitucionalismo e Modernidade; Garantias Fundamentais (CV-Lattes).

## A DECLARAÇÃO DE ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL COMO AUTOISENÇÃO DO DIREITO<sup>1</sup>

Diego de Paiva Vasconcelos

### RESUMO

Este trabalho trata do conceito construído pelas Cortes Constitucionais da Colômbia e do Brasil denominado "Estado de Coisas Inconstitucional -ECI" e utilizado para declaração de inconstitucionalidade de fatos. Esta é uma questão sobre os limites e confins do direito. Apresenta a (auto)representação do conceito de "ECI" na estrutura das decisões das cortes constitucionais que utilizaram-no. Através do referencial teórico da Teoria da Sociedade descreve-se sua a função, ou seja, o que se faz quando se declara um estado de fato como inconstitucional.

**Palavras-chave:** Estado de Coisas Inconstitucional. Constitucionalismo Latino-americano. Diferenciação social. Limites do Direito.

### ABSTRACT

This paper concerns about a new legal concept that become to be used by the Constitutional Courts of Colombia and Brazil called *Unconstitutional State of Affairs*. This institute was used at the first time by the Colombian Constitutional Court and then by the brazilian Supreme Court as a key for the declaration of unconstitutionality of

1 Texto originalmente publicado como capítulo do Livro Interconstitucionalidade: Democracia e Cidadania de Direitos na Sociedade Mundial – Atualização e Perspectivas Vol. I, editado pelo Centro de Estudos em Direito da União Europeia da Universidade do Minho sob a coordenação geral da Professora Doutora Alessandra Silveira. (<https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/53734/1/Ebook%20UNIO%20CON-PEDI%20VOL%201.pdf>)

matter of fact. This is properly a question about limits and boundaries of the Law. From the frame of the Theory of Society, the proposal it's a description of the operational structures and the function of this legal concept through its observation.

**Keywords:** Unconstitutional State of Affairs. Latin American Constitutionalism. Social differentiation. Limits of the law.

## 1. Introdução

O tema que abordo é a recente criação no âmbito jurídico latino americano do conceito de Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) - construção conceitual que é apresentada como nova modalidade de tutela e “garantia” dos direitos fundamentais, ou mesmo como solução para litígios estruturais. A pergunta que inicialmente dá propulsão ao trabalho é: o que faz o Estado de Coisas Inconstitucional(?)

A jurisdição constitucional brasileira albergou alguns dos mais importantes debates políticos das últimas décadas e definiu algumas reformas tidas como necessárias, no direito, na política, na economia, na educação e até na ciência, assim como também ocorreu na Colômbia e em boa parte dos países da América do Sul. A justificativa para a tomada de decisões vinculantes no Direito era possibilitar uma nova orientação dirigida a um futuro planejado e selecionado pela racionalidade normativa do Direito. Porém, o tardar chegar daquele futuro planejado, ou seja, a frustração com um projeto político-jurídico, ao invés de tornar evidente o fracasso daquela tendência, na verdade, possibilitou o reforço da ideia do ativismo ou protagonismo judicial como solução de problemas estruturais, ou melhor, possibilitou tornar nítida a pretensão de hierarquização do sistema social a partir do Direito. Nesse contexto que surgiu a figura conceitual do Estado de

### Coisas Inconstitucional - ECI<sup>2</sup>.

Esse conceito tem tomado relevo no constitucionalismo e na jurisdição constitucional latino americanos. Seu uso foi reiterado na prática da Corte Constitucional Colombiana e, recentemente, se iniciou o seu debate no plenário do Supremo Tribunal Federal do Brasil. Os principais argumentos utilizados para cunhar o conceito nas Cortes Constitucionais da Colômbia e do Brasil foi a necessidade de intervenção do Direito em campo que foi representado como privativo da Política que, por seu turno, não teria sido capaz de respostas eficientes para tratar problemas de sua competência funcional. Na Sentencia T-153, da Corte Constitucional Colombiana e na decisão do Supremo Tribunal Federal do Brasil, em medida cautelar na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF n. 347, por exemplo, tratou-se das condições do sistema carcerário violadoras da dignidade humana que, contudo, não poderiam encontrar na Política qualquer solução em razão de uma falta de representação da população afetada e mesmo pela contrariedade da opinião pública. Assim, nesses termos - somados aos argumentos de violação massiva de direitos fundamentais, falta de coordenação institucional e falha estrutural de diversos órgãos e agentes - estaria justificada a intervenção judicial sem que, contudo, se configurassem qualquer violação à separação dos poderes. A defesa de direitos e garantias fundamentais de população hipossuficiente exposta à reiterada e massiva violação de direitos legitimaria a tal medida e afastaria a possibilidade de se indicar violação à separação dos poderes do Estado.

Os principais críticos apontaram como o grande problema do ECI a invasão pelo judiciário (Direito) sobre as competências do legislativo (Política), ou melhor, em termos próprios da teoria dos sistemas, um

2 Em um plano mais abstrato, o tema que apresento trata da diferenciação funcional dos direitos fundamentais. A diferenciação funcional da sociedade é uma aquisição evolutiva consistente na diferenciação em base à subsistemas orientados por problemas sociais com os quais se torna possível tratar os níveis de complexidade alcançados na sociedade moderna. Os direitos fundamentais, por sua vez, são estruturas que têm a função de manutenção da diferenciação social nessas bases (Luhmann, 2002). Quando se apresenta como técnica de tutela dos direitos fundamentais um instrumento da jurisdição constitucional como o ECI, a tarefa é observar se esse instrumento funciona para reforçar a diferenciação social ou não.

possível caso de corrupção de códigos ou mesmo do cancelamento da diferenciação entre Direito/Política. Também foi apontado por outros que sua operação distinguiria-se do controle de constitucionalidade nos moldes da tradição do pensamento jurídico, porque não dirigidos à qualificação jurídica de leis ou normas como inconstitucionais, mas à estados de fato.

Raffaele De Giorgi, José Eduardo Faria e Celso Campilongo, logo após o julgamento da medida cautelar em ADPF n. 347, emitiram relevante opinião veiculada no jornal O Estado de São Paulo - Estadão - que circulou em 19 de setembro de 2015, na qual afirmaram que “aquela seria mais uma faceta do fenômeno da judicialização da administração pública”, e também, que o reconhecimento do ECI como conceito jurídico pelo Supremo Tribunal foi utilizado para “afirmar que ‘é lícito aos juízes intervir quando a atuação ou omissão das autoridades coloca em risco direitos dos jurisdicionados’”.<sup>3</sup>

Para aqueles autores, o “ECI pode causar mais dificuldades à eficácia da Constituição do que se imagina”. Afirmaram, ainda que, para alcançar essa conclusão bastaria o exercício lógico de aplicar o conceito do ECI a si próprio: “Se assim estão as ‘coisas’ – e, por isso, a ordem jurídica é ineficaz e o acesso à Justiça não se concretiza –, por que não decretar a inconstitucionalidade da Constituição e determinar o fechamento dos tribunais?”<sup>4</sup>

Todas as vezes que tocou no assunto em seu Grupo de Estudos no Centro de Estudos do Risco (Centro di Studi sul Rischio), na Universidade do Salento (Università Del Salento), Raffaele De Giorgi lançou algumas perguntas interessantes senão fundamentais: “Sendo o Estado de Coisas nos presídios brasileiros inconstitucional, não seria também o caso das favelas do Rio de Janeiro, das periferias das grandes cidades, ou mesmo dos hospitais públicos? Quando se declara inconstitucional o estado de coisas nos presídios e não se declara inconstitucional o estado de coisas nas favelas não se estaria, assim, constitucionalizando um tipo de violência (enquanto se qualifica outro

3 DE GIORGI, R. FARIA, J.E.; CAMPILONGO, C., O Estado de São Paulo, 19 de Setembro 2015. Disponível em: <http://opiniao.estadao.com.br/noticias/geral,estado-de-coisas-inconstitucional,10000000043>. Acesso em: 20 de julho de 2017.

4 Idem.

como inconstitucional)? Passa a solução desses problemas pela sua declaração de inconstitucionalidade?".

Se a solução dos problemas estruturais passasse pela sua declaração de inconstitucionalidade, então óbvio que se estaria diante de sua solução. Do contrário, se tomarmos como ponto de partida que a mera declaração de inconstitucionalidade não seja capaz de solucionar graves problemas que se encontram generalizados nas estruturas da sociedade, o que faz o Estado de Coisas Inconstitucional? Ou seja, o que se está fazendo quando se aplica sobre um estado de coisas a qualificação de inconstitucional? Esse é o problema que aqueles que se ocupam do tema devem solucionar.

## **2. A origem do conceito do Estado de Coisas Inconstitucional e a estrutura argumentativa da decisão na medida cautelar em ADPF n. 347**

Em grande parte dos países da América Latina, durante a segunda metade do século XX, viveu-se primeiro a experiência trágica das ditaduras e, posteriormente, entre as décadas de 1980 e 1990, os movimentos constitucionais restauradores de suas respectivas democracias. Essa reconstrução se realizou através do constitucionalismo político dirigido à reestruturação das formas características da diferenciação social, abrindo assim amplo espaço para o reconhecimento de direitos e para a construção de grandes expectativas sobre o futuro dessas democracias.

Essas expectativas frustraram-se no curso da década de 1990, com a impossibilidade da Política e das novas constituições de conduzirem ao futuro esperado. A resposta foi a colonização dos discursos e práticas judiciais orientados por teorias legitimantes do direito como mecanismo de profundas transformações sociais. Esse constitucionalismo atravessou da Política para o Direito, colocando-se como instrumento de transformação da sociedade a ser operado através da jurisdição, inclusive, constitucional. O protagonismo judicial ou o ativismo judicial surgiu no constitucionalismo latino americano

como resposta à ineficácia da ação política.

Nesse contexto histórico é que surge o conceito do ECI. Sua origem data do fim do século XX, se encontra na *Sentencia de Unificación SU-559/97* – na qual se discutiu a distribuição especial de educadores, de recursos orçamentários relativos à educação, além de específicos problemas previdenciários, e na Decisão T-068/98, na qual se discutiu questão previdenciária. Essas decisões veicularam, não declarações de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos, mas qualificaram estados de coisas como violadores da constituição (Valle, 2016, p. 340).<sup>5</sup>

A Sentença de Unificação 559/97 inaugurou o uso do termo “Estado de Coisas Violador da Constituição”, que depois foi aperfeiçoado como “Estado de Coisas Inconstitucional”. O caso tratava do interesse de vários professores dos municípios do Departamento de Bolívar que interpuseram ações de tutela contra as autoridades e governos municipais, apontando violação do direito de acesso à saúde e ao direito à segurança social. Foi constatado que, efetivamente, todos os meses eram realizados descontos em folha de pagamento equivalentes a 5% do salário de cada professor, mas que não foi procedido seu registro junto ao fundo específico de segurança social daquela carreira. Constatou-se também que, em boa parte dos casos, os municípios se utilizavam daquela receita para custear sistemas próprios de saúde para os professores das redes locais. Por fim, a Corte Constitucional Colombiana concluiu que houve “o generalizado descumprimento da obrigação de filiar os educadores municipais ao competente cadastro e fundo previdenciário”. Entre os principais motivos, na decisão se indicou aqueles que constituíam “*un determinado estado de cosas*

5 VALLE, Vanice Lírio do (2016, p. 338-339) chama atenção para uma possível origem de algo semelhante ao ECI em precedentes do direito norte-americano, notadamente em *Hutto vs. Finney* [U.S. 678 (1978)], no qual também se tratou da inadequação de uma instalação carcerária e se *afirmou a inconstitucionalidade das condições e práticas* mantidas no estabelecimento prisional.

*que contraviene los preceptos constitucionales*<sup>6</sup>, no qual a violação dos direitos fundamentais poderia ser explicada por faltas não atribuíveis a um só órgão ou agente estatal, mas por uma deficiência política e institucional generalizada.

Segundo Ariza Higuera (2000, p. 969), na SU-559 a Corte Constitucional Colombiana estabeleceu pela primeira vez a “doutrina do Estado de coisas inconstitucional” para a qual “a violação dos direitos fundamentais seria o resultado de falhas estruturais” e não simplesmente “o produto de arbitrariedade cometidas por um funcionário do Estado”. Naquele julgado a Corte Colombiana se outorgou novo dever, aquele “de colaborar de maneira harmônica com o restante dos órgãos do Estado para realização de seus fins; e também se outorgou o dever de comunicar às autoridades competentes um determinado estado de coisas violador da Constituição Política” (SU-559).<sup>7</sup>

Posteriormente, em 1998, no julgamento que tratou do problema das condições de superpopulação carcerária sob perspectivas histórica e estrutural na Colômbia a Corte Constitucional afirmou que já havia feito uso da figura do “estado de coisas inconstitucional com o fim de buscar remédio a situações de vulneração dos direitos fundamentais que tenham caráter geral e causas de natureza estrutural, ou seja,

---

6 (1) ampliación de las plantas de personal municipal, sin contar con la capacidad presupuestal necesaria para pagar y garantizar la remuneración “completa” (prestaciones) a los docentes; (2) inadecuada forma de cálculo y distribución del situado fiscal que, en lugar de otorgarles peso decisivo a las necesidades reales de educación de la población escolar, toma en consideración la distribución geográfica de los docentes; (3) concentración irracional e inequitativa de los educadores públicos en los grandes centros urbanos, lo que deja sin atender las necesidades de muchas poblaciones que, para llenar el vacío, se ven forzadas a sobrecargar sus finanzas públicas a causa del incremento de sus plantas de educadores y de la demanda insatisfecha por este servicio esencial. Como se puede observar en este caso, la violación de los derechos fundamentales de los docentes, según la lectura que realiza la Corte, puede ser explicada no por la falla atribuible a un único órgano estatal, el inicialmente demandado, sino a una deficiencia de la política general del sistema educativo y que involucra a varias instancias. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>. Acesso em: 15 de julho 2017.

7 “La Corte Constitucional tiene el deber de colaborar de manera armónica con los restantes órganos del Estado para la realización de sus fines. Del mismo modo que debe comunicarse a la autoridad competente la noticia relativa a la comisión de un delito, no se ve por qué deba omitirse la notificación de que un determinado estado de cosas resulta violatorio de la Constitución Política”. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>. Acesso em: 15 de julho 2017

que não se originam exclusivamente na autoridade demandada “<sup>8</sup> (Sentencia T-153/98).

Após pelo menos seis decisões onde se indicou o novo conceito e já na primeira metade da década de 2000, a Corte Colombiana construiu a decisão (Sentencia T-025/04) que fixou definitivamente os requisitos para a declaração de ECI, isto é, circunstâncias que possibilitariam a qualificação jurídica de um estado de coisas como inconstitucional, que seriam: i) multiplicidade de direitos fundamentais afetados, ii) vulnerabilidade dos afetados, iii) urgência da prestação estatal, iv) persistência temporal da violação a direitos fundamentais enfrentada no caso, v) omissão das autoridades competentes, e, por fim, vi) a multiplicidade de agentes e órgãos públicos envolvidos.<sup>9</sup>

Os requisitos fixados para a aplicação daquele conceito chamam extrema atenção. Primeiro, pelo reconhecimento de que não se

8 “Esta Corporación ha hecho uso de la figura del estado de cosas inconstitucional con el fin de buscar remedio a situaciones de vulneración de los derechos fundamentales que tengan un carácter general – en tanto que afectan a multitud de personas –, y cuyas causas sean de naturaleza estructural – es decir, que, por lo regular, no se originan de manera exclusiva en la autoridad demandada y, por lo tanto, su solución exige la acción mancomunada de distintas entidades. En estas condiciones, la Corte ha considerado que dado que miles de personas se encuentran en igual situación y que si todas acudieran a la tutela podrían congestionar de manera innecesaria la administración de justicia, lo más indicado es dictar órdenes a las instituciones oficiales competentes con el fin de que pongan en acción sus facultades para eliminar ese estado de cosas inconstitucional.” Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-153-98.htm>. Acesso em: 15 de juw lho 2017.

9 “En razón de esta multiplicidad de derechos constitucionales afectados por el desplazamiento, y atendiendo a las aludidas circunstancias de especial debilidad, vulnerabilidad e indefensión en la que se encuentran los desplazados, la jurisprudencia constitucional ha resaltado que éstos tienen, en términos generales, un derecho a recibir en forma urgente un trato preferente por parte del Estado. Este derecho al trato preferente constituye, en términos de la Corte, el “punto de apoyo para proteger a quienes se hallan en situación de indefensión por el desplazamiento forzado interno”, y debe caracterizarse, ante todo, por la prontitud en la atención a las necesidades de estas personas, ya que “de otra manera se estaría permitiendo que la vulneración de derechos fundamentales se perpetuara, y en muchas situaciones, se agravara”.

[...] El patrón de violación de los derechos de la población desplazada ha persistido en el tiempo, sin que las autoridades competentes hayan adoptado los correctivos suficientes para superar esas violaciones, y sin que las soluciones puntuales ordenadas por la Corte frente a las violaciones detectadas en las sentencias dictadas hasta el momento, hayan contribuido a impedir la reincidencia de las autoridades demandadas en tutela. Inclusive, se ha llegado a agravar la situación de afectación de los derechos de la población desplazada ante la exigencia impuesta por algunos funcionarios de la interposición de acciones de tutela como requisito previo para que las autoridades encargadas de su atención cumplan con sus deberes de protección. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>. Acesso em: 15 de julho 2017

trata de declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, como é próprio do controle de constitucionalidade. Em segundo, pelo reconhecimento de uma resistência temporal do problema tratado; e, finalmente, em terceiro lugar, por reconhecê-lo como estrutural para, assim, também reconhecer a impossibilidade de definição de responsabilidade de agente, ente ou órgão estatal, mas apenas a necessidade de uma pluralidade deles para a solução do problema (coordenação institucional).

No Brasil, a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 347, dirigiu ao Supremo Tribunal Federal pedido de qualificação de inconstitucionalidade de um estado de fato como meio para determinação de medidas concretas suficientes à solução do litígio estrutural. A ação tratava de problemas do sistema carcerário, principalmente, se dirigia à superlotação, às condições degradantes, à violação massiva de direitos fundamentais dos presos. Classificava essas condições como resultantes de ações e omissões dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal perpetradas por décadas a fio. Postulou-se, então, uma determinação para adoção de providências, de conteúdos diversos, mas se pediu naquela ação, majoritariamente, por decisões do sistema jurídico sobre o sistema jurídico; e, em menor parte, pugnou por decisões do sistema político.

O Supremo Tribunal Federal julgou parcialmente procedente a medida cautelar na ADPF n. 347, uma vez constatado que o cenário fático descrito na ação seria incompatível com a Constituição Federal<sup>10</sup>. A situação carcerária foi qualificada como inconstitucional através dessa construção da ofensa estrutural a uma multiplicidade de preceitos fundamentais, consideradas a dignidade da pessoa humana, a vedação de tortura e de tratamento desumano, o direito de acesso à Justiça e os direitos sociais à saúde, educação, trabalho e segurança dos presos. Declarou-se que o quadro fático ali reproduzido seria resultante de uma multiplicidade de atos comissivos e omissivos dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal, incluídos os de natureza normativa, administrativa e judicial. No

10 Uma ação cujo cabimento tem sido reconhecido em face da violação de preceitos fundamentais decorrentes de atos do Poder Público e inexistência de outro meio eficaz de sanar a lesividade.

entanto, a decisão cuidou de determinar a adoção de apenas três medidas, quais sejam, a realização de audiências de custódia (pelo Judiciário), a liberação do fundo penitenciário (pelo poder executivo da União) e a obrigação de prestar informações pelo Estado de São Paulo<sup>11</sup>.

Note-se que nessa ação e na sua respectiva decisão não se apontou uma específica violação jurídica, nem um específico ato e nem um específico responsável, mas sempre uma generalizada e massiva violação de direitos fundamentais. Essa formulação se distancia dos padrões que dominam os esquemas do pensamento jurídico desde o século XVIII. Não há ali uma *actio* específica a ser sindicada e nem a imputação de um agir a um sujeito “capaz” de ser responsabilizado. O que se observa na decisão muito claramente é a frustração - no presente com uma certa expectativa de futuro - representada como estado de coisas. E, ainda, se observa a expectativa de possibilidade de transformação da realidade a partir do direito. A decisão se representa como correção de trajetória e se representa como orientada a um futuro planificado e esperado que deverá surgir no horizonte de acontecimentos em decorrência de si mesma. Se representa como meio eficaz para alcançar um fim certo. Essa decisão opera, claramente, com a distinção meio/fim no seu esquema de (auto)justificação.

A trajetória que conduziu ao ECI passa necessariamente pela imposição estrutural, representada no pensamento da velha tradição,

11 Eram oito os pedidos na medida cautelar na ADPF n. 347, e apenas aquele identificado na alínea 'h' era dirigido ao poder executivo da União para liberação do fundo penitenciário. Todos os demais pedidos eram dirigidos a obter providências do próprio poder judiciário. Dos três pedidos deferidos por ocasião do julgamento da medida cautelar naquela ADPF, o primeiro foi a determinação de realização de audiências de custódia, o segundo a determinação da liberação de verbas do fundo penitenciário pela União, e o terceiro, concedido *ex officio*, foi a determinação ao Estado de São Paulo para que encaminhasse ao Supremo informações sobre o seu sistema prisional. As cautelares requeridas foram: a) *Aos Juízes e Tribunais* - motivação expressa pela não aplicaram cautelares alternativas à privação de liberdade; b) Que realizem, em até noventa dias, audiências de custódia; c) Que considerem o quadro dramático do sistema penitenciário no momento de cautelares penais, na aplicação da pena e durante a execução penal; d) Que estabeleçam, quando possível, penas alternativas à prisão; e) Que abrandem os requisitos temporais para a fruição de benefícios dos presos, quando as condições de cumprimento da pena forem severas; f) *Ao juiz da execução penal* - que abata, da pena, o tempo de prisão, se as condições de cumprimento forem mais severas daquelas inicialmente fixadas; g) *Ao CNJ* - que coordene mutirão carcerário; e, por fim, h) À União - que libere as verbas do Fundo Penitenciário Nacional.

de sempre decidir e de decidir com justiça todas as causas que são conduzidas ao Judiciário. Ora, assim, o acúmulo de iniquidades sociais apontadas e denunciadas na ADPF 347 não poderia deixar de receber uma prestação eficaz.

A declaração de ECI torna evidente a dupla exigência que onera o juiz: “decidir sobre cada caso e decidir de maneira justa” (Luhmann, 2005, p. 366). A exigência de que os tribunais devam decidir sobre qualquer caso que se lhes apresente corresponde a uma norma de proibição da denegação da justiça - que parece operar contra a coerência do próprio sistema. A coação decisória que opera sobre o centro do sistema jurídico força sua evanescência.<sup>12</sup> Tanto a Corte Constitucional Colombiana quanto o Supremo Tribunal Federal do Brasil não decidiram previamente se deveriam ou não decidir e se eram ou não competentes para prover uma decisão capaz de enfrentar os problemas<sup>13</sup> oferecidos para julgamento e, só então, oferecer uma efetiva solução. O debate do ECI inicia com uma decisão implícita de que as Cortes podem decidir sobre qualquer caso que se apresente e, ainda, que se tomada uma decisão ela será a melhor e mais eficaz porque decidida pela Corte.

## 2. O futuro na (da) declaração de Estado de Coisas Inconstitucional

O Estado de Coisas Inconstitucional - ECI, que se apresenta como instrumento de proteção dos direitos fundamentais – é o estado da

12 Os sistemas parciais expressam o ordenamento total na forma de diferenciação interna (Luhmann, 2005, p. 359). O sistema do direito, internamente, segue um padrão de diferenciação centro/periferia, tendo seu centro ocupado pelos tribunais, que podem, entre si, estabelecer uma diferenciação segmentária.

13 Quando julgar? Como julgar? Quem deve julgar? Esse é um debate extremamente atual no mundo ocidental e é exatamente aquele que diz respeito ao *quando decidir*. Nos Estados Unidos, o debate sobre as capacidades institucionais, modéstia judicial e deferência que trata sobre quem deve julgar, quando deve julgar e em que bases deve julgar, mas sobretudo, surgindo como uma negação do *non liquet* e sustentando que nem sempre é possível uma decisão ou por vezes se possível uma decisão não necessariamente seja essa uma decisão judicial. Ver por exemplos o trabalho de Adrian Vermeule e Cass Sunstein Interpretation and Institutions ([http://ssrn.com/abstract\\_id=320245](http://ssrn.com/abstract_id=320245) ). E, ainda, de Adrian Vermeule, Three Strategies of Interpretation (Adrian [University of Chicago Law Occasional Paper, No. 44 (2005) disponível em: [http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1046&context=occasional\\_papers](http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1046&context=occasional_papers). . De Cass R. Sunstein and Edna Ullmann -Margalit, Second-Order Decisions (November 1999; Ethics, v. 110, no. 1). Acesso em: 20 de julho de 2017.

arte do ativismo judicial latino-americano. Seu grande e característicos problema é o consequencialismo com que opera e com o qual se constrói como certeza de poder moldar o futuro, isto é, o ECI se justifica sobre seleção de futuro. Essa indicação de um futuro, por exclusão (arbitraria) de outros futuros, na verdade, apenas incrementa seus próprios riscos. Opera com uma distinção meio/fim onde a própria decisão é meio no presente para um fim que está no futuro, mas cujo o único fundamento para o uso do meio é o seu próprio fim. A decisão se torna fundamento de si mesma, em uma relação circular e auto fundada. Justificar-se sobre um futuro que ainda está aberto no horizonte de expectativas é apenas uma estratégia argumentativa para indicar um fundamento para a decisão, isto é, para tornar latente que o Direito se funda sobre si mesmo.

Esse consequencialismo nada tem a ver com uma capacidade de mensurar consequências futuras, mas funciona como técnica de fundamentação da decisão por meio de uma representação de futuro. Técnica extremamente eficaz, porque o futuro não existe e no presente aquilo que se indica como futuro é apenas uma expectativa, funciona como uma *self fulfilling prophecy*. Desse modo, nada, exceto o próprio futuro, pode negar aquele fundamento que, contingencialmente, pode se materializar na realidade ou não. Também é eficaz para manter latente o paradoxo da decisão judicial, pois diante da impossibilidade de se justificar sobre fontes do direito, textos preestabelecidos – porque são decisões que não se limitam à aplicação do direito positivo – se justificam sobre uma expectativa de futuro<sup>14</sup>. Ou seja, representa como sua fonte não mais o direito positivo - ineficaz para a concretização de suas expectativas de justiça social -, mas, sim, o próprio futuro que se espera como consequência da própria decisão. Uma relação, sem dúvidas, autorreferente, onde a decisão mira um futuro que é consequência dela própria e que, por isso, dentro dessa estrutura argumentativa, lhe serve de fundamento.

Quanto aos requisitos para a declaração do ECI, na verdade, não

---

14 Esse futuro nada tem a ver com qualquer capacidade premonitória. Mas é meramente uma construção argumentativa com a função de tornar latente o paradoxo e dar um fundamento aos atos decisórios.

indicam características de um fato externo ao direito e existente com aqueles traços que, uma vez identificado, deve ser juridicamente tratado. Na verdade, trata-se de uma técnica de construção daquilo que se utiliza como realidade dentro do direito. Trata-se de uma técnica de construção de realidade. O que significa, efetivamente, uma multiplicidade de direitos fundamentais afetados? A vulnerabilidade dos afetados? A urgência da prestação estatal? A persistência temporal da violação a direitos fundamentais enfrentada no caso? A omissão das autoridades competentes ou a multiplicidade de agentes e órgãos públicos envolvidos? Se observarmos a sociedade global, essa mais parece uma descrição do mundo do que de uma realidade particular. Poderia tratar-se da situação das crianças na Síria, dos imigrantes que cruzam o Mediterrâneo, dos Rohingyas de Mianmar, dos latinos e negros dos Estados Unidos, enfim, tudo pode ser comportado nesses requisitos.

A redução de expectativas é um modo de enfrentar o futuro, de construir realidade, mas não pode ser confundida como uma característica da própria realidade. É propriedade do sistema, da observação e não do respectivo ambiente. A complexidade operativa não pode ser ignorada a partir de uma complexidade da observação. O excesso de possibilidades não pode ser ignorado a partir do déficit informacional. O futuro não pode ser apropriado em uma representação de sentido. O que pode haver é uma representação de sentido de futuro que com ele não se confunde jamais.

A frustração dessas expectativas se impõe sobre esse futuro anunciado, porque é tão apenas uma entre tantas possibilidades. O futuro, nesse sentido, é apenas um problema da sociedade. O direito tem competência funcional para responder a um problema social delimitado e não a qualquer problema social<sup>15</sup>, qual seja, a generalização congruente de expectativas.

A constituição é a unidade da diferença entre Política e Direito;

15 No ambiente, são possíveis mais operações do que no sistema. O ambiente externo se constitui como ameaça a si mesmo, o ambiente interno se constitui como ameaça a si mesmo, de modo que a sociedade ameaça a si própria, porque é ambiente de si mesma. A sociedade não pode ser destruída por uma guerra no sentido de que uma guerra não é produzida no seu exterior, mas uma técnica de comunicação social produzida no interior da sociedade.

através da constituição se realiza o acoplamento estrutural entre direito e política. Tal acoplamento significa que Direito e Política coevoluem, mas também que o paradoxo da fundação do Direito vem movido para o plano da política e que o paradoxo da decisão política vem tratado juridicamente. Se concebermos assim Constituição, a observação sobre aquele conceito deverá ser orientado ao que efetivamente faz, independentemente daquilo que declara fazer em sua autorrepresentação. A declaração de ECI não tem o condão de moldar ou alterar o futuro e nem mesmo de mensurá-lo. Então, o que faz?

### **3. O que faz Estado de Coisas Inconstitucional?**

Na sociedade moderna, à diferença de outros tipos de sociedade, não há um centro a partir do qual seja possível observar em modo unitário a própria sociedade. É uma sociedade policêntrica, no sentido de que a nenhum sistema parcial compete uma descrição total da sociedade, não há nenhuma descrição/indicação vinculante; aliás, esse é ponto de partida de Luhmann (1997, p. 22). Cada sistema da sociedade moderna se especifica em base de uma função, ou seja, em relação a um específico problema social para o qual se torna competente para tratar. Essa função se realiza apenas dentro de seu específico e competente sistema. Decorre, desse modo de operar, a impossibilidade de uma redescrição total da sociedade a partir de quaisquer de seus sistemas parciais, porque entre eles não há nenhuma hierarquia.

Na sociedade latino-americana, na qual as desigualdades convivem com a inação política, o ativismo possibilitou uma expansão dos limites do sistema jurídico para responder a demandas sociais próprias da Política, da Economia e de outros sistemas parciais da sociedade. As possibilidades (re)descritivas de uma realidade pelo sistema do direito foram compreendidas pelos entusiastas do ativismo como possibilidades de intervenção e transformação racional da sociedade. O novo constitucionalismo parte do centro do sistema jurídico

(Judiciário)<sup>16</sup> para representar o mundo a partir do direito e propor uma transformação juridicamente operada. Essa pressuposição da possibilidade de descrição vinculante da sociedade a partir de um único sistema, a imposição hierárquica dessa redescrizão ao seu entorno e a consequente ideia de possibilidade de operá-la, descrevê-la e indicá-la a partir de um único sistema de função é ponto mais fraco daquela perspectiva teórica.<sup>17</sup>

O ativismo se caracteriza por responder aos conflitos sociais através de respostas diretas que se (auto)representam como capazes de ultrapassar os confins do direito e operar diretamente, por exemplo, no sistema político ou no sistema econômico. E, assim, em regra, ignora em seus argumentos a função, os confins e os limites operativos do próprio Direito. Se representa como uma resposta à frustração das promessas do projeto do iluminismo tardio latino-americano e de seu programa político. Sua construção teórica ignora que o sistema jurídico opera (re)descrevendo em seu interior os conflitos de seu ambiente, (re)constituindo em seu interior conflitos jurídicos por meio da representação dos conflitos de seu ambiente<sup>18</sup>.

A diferenciação social em base funcional é uma aquisição da sociedade que permite tratar o ambiente altamente complexo e mutável da sociedade moderna. Não há ganhos evolutivos em retornar a um estado anterior de indiferença funcional de uma

16 "Por conseguinte, la organización de la juridicción sería aquel sistema parcial (sub-sistema) en el que el sistema del derecho tiene su centro. Sólo aquí se puede utilizar la particularidad de los sistemas de organización: decidir acerca de la inclusión (o exclusión) de los miembros, con el fin de producir compromisos especiales en los jueces. [...] Sólo por medio de la organización se garantiza la universalidad de la competencia deber decidir/ poder decidir sobre todas las cuestiones jurídicas. Todos los demás campos de trabajo (no judiciales) del sistema del derecho pertenecen a la periferia." (Luhmann, 2005, p. 383)

17 "Lo que sigue notable en la crítica marxista a la economía política de su tiempo es el traslado a un contexto social de un conocimiento que antes se había justificado sobre la naturaleza. El orden económico del capitalismo no sigue, según Marx, la naturaleza de la actividad económica con una tendencia incorporada a la racionalidad individual y colectiva. Es más bien una construcción social. [...]

Aunque hoy siga habiendo conformidad para justificar la economía capitalista no por medio de la naturaleza sino del éxito, se mantiene lo que el análisis marxista aporta en última instancia y lo distingue de las teorías económicas de corte normal: la idea de que la economía desarrolla su autodescripción desde sí misma, se representa a sí misma en su teoría y regula desde ella las referencias internas y externas." (Luhmann, 1997, pp. 24-25)

18 A atividade judicial se determina, exclusivamente, dentro da distinção legislação/jurisprudência. A jurisprudência trata da aplicação do direito através de decisões a casos particulares. (Luhmann, 2005, p. 367)

sociedade hierarquizada incapaz de tratar a extrema complexidade. O ativismo, desse ponto de observação pode ser indicado como uma tendência orientada à uma pretensão de cancelamento da diferença entre Direito e Política e jamais como instrumento para a solução de profundos conflitos sociais. A construção do conceito de ECI se utiliza da linguagem e da argumentação próprias do ativismo, mas se observarmos como efetivamente opera poderemos perceber uma profunda diferença.

A relação jurisprudência/legislação e a aportação conceitual doutrinária sobre as fontes do direito sempre foram utilizadas para encobrir a circularidade implicada na produção do direito pelos tribunais. Todo esse aparato teórico sempre foi utilizado para encobrir o paradoxo da decisão judicial, ou seja, para ocultar que as decisões fundamentam-se sobre si mesmas, que os tribunais produzem direito quando decidem. Contudo, a técnica utilizada no ECI é diversa. Não se desnuda, simplesmente, o paradoxo da decisão, mas se justifica a competência para decisão, segundo um direito produzido pelo próprio tribunal, indicando uma insuficiência dos outros sistemas para fazê-lo, apontando uma crise do próprio Direito e, ainda, fundamentando-se sobre a construção de um futuro conforme o Direito. As convicções morais do juiz, enquanto equivalentes funcionais da vontade divina, são suficientes e bastantes para a transformação do imprevisível em previsível (Luhmann, 2005, p. 377).<sup>19</sup>

Nenhum tribunal deve dar início a um juízo por si mesmo, ainda que as calamidades se incrementem ao seu redor (Luhmann, 2005, p. 368). Mas o que acontece no cenário do constitucionalismo latino-americano é que, diante das dificuldades do sistema político na estabilização de um consenso e da produção de decisões vinculantes, o sistema jurídico se apresenta através de seus tribunais como uma

19 "El problema de los 'hard cases' ya existía antes del proceso de diferenciación del sistema del derecho. Entonces, estos casos difíciles se decidían por el juicio de Dios. Actualmente, parece que las convicciones morales del juez (dentro de las convicciones morales del pueblo) son un equivalente funcional del juicio divino: igual de imprevisto, pero, con mejores posibilidades de contribuir a la formación del derecho y, de esta manera, transformar lo imprevisible en algo previsible. Piense lo que piense la teoría del derecho acerca de esta arrogancia moral, cuando se expone a los tribunales al imperativo de decidir, no se les puede pedir una lógica argumentativa que descarte los regresos *ad infinitum* o los círculos viciosos. Por eso se les perdona cuando se atienden a ciertos principios." (Luhmann, 2005, p. 377)

resposta a essa frustração, processando demandas impróprias para as quais é estrutural e funcionalmente incompetente. Operando segundo um juízo moral. Ao que isso pode conduzir? Certamente, não tardará o momento no qual outro subsistema, diante da frustração com o Político e com o Jurídico, tente responder a essas demandas, continuando a disfuncionalidade sistêmica que draga as sociedades latino-americanas como um vórtice.

A principal crítica ao ECI partiu justamente da crítica às características do próprio ativismo, tratou de apontar os riscos implementados por uma decisão jurídica dirigida aos problemas da política. Apontou-se no ECI todos os defeitos que se observava no ativismo. No entanto, a despeito do ECI ser concebido sobre a mesma matriz teórica do ativismo - que é visível nos fundamentos de sua decisão, principalmente no que trata dos temas de separação de poderes e dos fundamentos do próprio direito, ou melhor, dos direitos fundamentais como fundamento do próprio direito e do agir no direito - o que faz a declaração de ECI é muito diverso da tomada de uma decisão vinculante no sistema jurídico.

Façamos um corte que permita observar com precisão aquele conceito. Tomemos um caso específico: a decisão na medida cautelar em ADPF n. 347. Trata-se do problema da situação carcerária brasileira que seria, nos seus próprios termos, "um problema histórico que vem tomando proporções ainda maiores e não logrou encontrar solução no curso dos 27 anos da constituição brasileira decorridos entre 1988 e 2015", quando declarado o ECI pelo Supremo. Isso foi tratado cuidadosamente naquela decisão como problema (da Política) de difícil solução, dada debilidade representativa da população afetada e da contrariedade da opinião pública. Cuidadosamente, naquela decisão, também foi tratado o tema da separação dos poderes para legitimar a suposta intervenção do Direito na Política como algo excepcional que se autoriza, unicamente, em face da excepcionalidade do caso e diante do preenchimento de requisitos (criados pela própria decisão). Tudo isso de acordo com a tradição do próprio ativismo e muito coerente com sua doutrina. Tanto entusiastas da medida como seus críticos tomaram por dado que o problema carcerário brasileiro fosse

um problema da Política, ou melhor da falta de prestação da política, e se debateram apenas sobre a legitimidade ou não de intervenção do Direito na Política, ou se havia, ou não, violação da separação entre os poderes naquele caso.

É necessário ter em mente alguns dados para compreensão do contexto fático que ambientou a discutida decisão: A população carcerária brasileira em 2015, era estimada em 622.202 mil presos<sup>20</sup>, segundo o relatório Infopen, com aumento registrado 267,32% entre os anos de 2000 e 2014, tornando o Brasil naquele ano o quarto país que mais encarcerava no mundo, conforme dados do Ministério da Justiça e o Departamento Penitenciário Nacional (Depen) (Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen, 2014). Sendo 40% (250 mil pessoas) do total dessa população carcerária formada, por pessoas presas de forma provisória, sem sentença condenatória passada em julgado. Um dos mais graves pontos relatados é a superlotação carcerária, uma vez que o déficit de vagas atingiu a marca de 250.318 postos, situação que só poderia ser agravada pelo cumprimento dos mandados de prisão ainda em aberto, que acresceria àquele déficit mais 437 mil postos. A situação relatada no julgamento da medida cautelar em ADPF dá conta ainda de tortura, estupros e outras formas de violência perpetradas contra os presos depositados no sistema prisional, além de falta de alimentação adequada e mesmo artigos de higiene.

Aquela decisão também é marcada por uma argumentação baseada sobre análises estatísticas, sociológicas e históricas dirigidas a demonstração das causas estruturais dessas mazelas. A Política é indicada como o *locus* da construção do problema, como sua causa exclusiva. A impossibilidade de reflexão dentro da Política estaria bloqueando as possibilidades de solução da crise carcerária e isso atraeria o Supremo Tribunal Federal para o papel de coordenar a

20 Esse número saltou de 622.202, em dezembro de 2014, para a marca de 726.712 pessoas encarceradas junho de 2016. Houve um crescimento de mais de 104 mil pessoas. Hoje cerca de 40% são presos provisórios, mantendo a média registrada no censo anterior, segundo o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen) divulgado em 8 de dezembro de 2017, pelo Departamento Penitenciário Nacional (Depen), do Ministério da Justiça.

interação interinstitucional necessária à correção das falhas estruturais que jamais teriam decorrido de um único agente, órgão ou ente, mas de uma indeterminável multiplicidade de atos externos ao sistema jurídico. Contudo, nas soluções encontradas na decisão para dirimir o “litígio estrutural”, a única medida dirigida ao sistema Político (Política/administração) é o descontingenciamento orçamentário à possibilitar investimentos no setor prisional, através de determinação para que a União liberasse e o saldo acumulado do Fundo Penitenciário para utilização com a finalidade para a qual foi criado.<sup>21</sup>

Naquele caso se discutiu, também o grande número de presos provisórios e que medidas seriam possíveis para atenuar os alarmantes números com os quais se depararam - em aparente surpresa com um velho problema. Quando se tratou, por exemplo, do pedido de determinação aos juízes para fundamentassem a não adoção de medidas alternativas à prisão provisória, o argumento vencedor foi aquele de que essa já seria dever de todo juiz conforme a lei que regula o procedimento de prisões cautelares, mas era nítida a preocupação em se evitar o avultamento de número excessivo de Reclamações Constitucionais por eventual descumprimento desse dever, caso se formulasse a decisão naqueles termos. Outro ponto de grande relevo naquele debate foi o pedido para que se determinasse aos juízes e tribunais a observância dos artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a fim de que se realizasse audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas.

É claro que o estado em que se encontra o sistema carcerário brasileiro não decorreu de um acontecimento específico recente localizável espacial ou temporalmente, como “produto da arbitrariedade cometida por um funcionário do Estado” (Ariza Higuera, 2000, p. 969). Tampouco se trata do resultado de uma decisão ou

21 Aliás, em 2 de agosto de 2017, um despacho do relator da ação, Ministro Marco Aurélio, determina à União que se manifeste quanto uma petição do Estado do Ceará que aponta o descumprimento da medida liminar no tocante a esse item. Não se impôs um orçamento por via de decisão judicial e nem se determinou qual o valor deveria ser investido. Essa determinação dirigida à União, apenas diz que deve cumprir aquilo que ela mesma decidiu.

de um número determinável de decisões, mas da generalização da ilegalidade que constitui um estado de ilegalidade difusa. Contudo, localizar o problema carcerário no interior da Política para tratá-lo no Direito consiste num deslocamento do problema em relação ao exterior do sistema jurídico. Apenas, a título de exemplo, o poder judiciário brasileiro tem, através de seus juízes (competentes para a execução penal) atribuição conferida através de lei e outros atos normativos para fiscalizar os cárceres através de inspeções ordinárias ou extraordinárias e promover até mesmo a interdição daqueles estabelecimentos que estiverem funcionando em condições inadequadas ou com infringência à Lei de Execuções Penais, nos termos dos seus artigos 63 e 66. Ora. Como então os estabelecimentos carcerários puderam chegar ao estado relatado na ADPF n. 347?

Mais além, a discussão aventada na ADPF n. 347 sobre o dever de se fundamentar decretos de prisão provisória sobre as razões da não utilização de medidas alternativas à prisão faz possível ver quanto o debate do direito penal brasileiro está preso ao cárcere. Toda motivação é necessária ao desvio de uma expectativa. De modo que, por exemplo, o decreto de prisão utiliza como fundamentos o porquê daquela situação ali tomada ser uma exceção ao direito à liberdade. Ou seja, distingue aquele caso dos demais. Nenhum dever de motivar uma decisão reduziria o encarceramento em massa, produziria apenas uma nova forma de argumentação. Mas, as razões do Supremo para se desviar daquele pedido veiculado na ADPF 347 foi a seguinte: o dever de motivar está já presente no direito constitucional e dele nenhum juiz poderia se afastar, cabendo unicamente solucionar eventual violação em sede do caso concreto pela via recursal.

Justamente nessa argumentação é que talvez o Supremo denuncie a si mesmo e ao próprio sistema jurídico ao reconhecer, diante dos alarmantes números, que pode estar havendo excessos na aplicação do encarceramento provisório e que tal excesso seria um desvio da excepcionalidade da medida e que tal excepcionalidade poderia ser verificada nos fundamentos do decreto de prisão. Fica, contudo, a pergunta: por que isso não vem sendo efetivamente feito, ou seja, por que a via recursal não tem sido capaz de corrigir eventuais

excessos na utilização da prisão cautelar (a não ser em polêmicos casos que tomaram as páginas dos principais jornais nos últimos anos)? Ou, por que as audiências de custódia, que já tinham previsão no direito internacional veiculado em tratado e pacto do qual o Brasil é signatário, não eram regularmente praticadas até então? Por que o Supremo jamais se debruçou sobre esta falta de aplicação do Pacto de São José da Costa Rica?

O grande número de presos provisórios, é verdade, pode ser tomado como possível através das prestações da Política ao Direito, através da construção de programas decisionais punitivistas de criminalização dos mais variados modos do agir e acontecer social, principalmente, aqueles característicos das parcelas mais débeis da sociedade. Porém, seja naquela ação ou na sua respectiva decisão esse problema não foi enfrentado. Tivesse o Supremo se voltado ao punitivismo penal da política brasileira talvez se pudesse falar em ativismo ou em violação da separação de poderes ou, melhor, em apropriação da Política pelo Direito.

Tanto na ADPF n. 347, quanto na Sentencia T-153 da Colômbia, o problema carcerário é explicado através de uma “remissão histórica” ou melhor, que “longe de ser uma questão conjuntural, é a manifestação de um problema mais profundo” (Ariza Higuera, 2000, p. 974). Tratar o problema como histórico, no entanto, explica muito pouco. Trata-se, na verdade, de uma interessante estratégia argumentativa para promover o deslocamento da competência para o tratamento do problema, assim como indicar uma omissão da Política para justificar sua solução pelo Direito. A generalização da ilegalidade, ou seja, a ilegalidade que de volta em volta se repete nas operações do sistema do Direito, é um problema do Direito. O estado de coisas apontado como inconstitucional trata-se, na verdade, de ilegalidade difusa, conforme apontado por Raffaele De Giorgi em manuscrito ainda não publicado. Não há que se falar em problema da Política ou no interior da política.

A superpopulação, a tortura e a violência no interior do cárcere não são produtos históricos de uma profunda crise, mas são produzidos no interior de relações jurídicas concretas e observáveis; toda

inspeção judicial que não aconteceu ou que não foi capaz de detectá-los, na verdade, os (re)produziu. Todo decreto de prisão que não se atentou às possibilidades alternativas (re)produziu aquele estado de ilegalidade difusa. São dados que podem ser historicamente (re)construídos e representados, mas imputar à Política ou mesmo à história a produção dessas mazelas é mera estratégia argumentativa. Então, o que faz a declaração de ECI quando aponta origem históricas e estruturais ao problema? Desloca-o, argumentativamente, para o campo da Política e se representa como intervenção do Direito na Política para, na verdade, promover a auto-isenção do Direito em relação ao conflito que é produzido em suas próprias operações.

A isenção é operada pelo deslocamento argumentativo do problema para fora dos domínios do sistema. A autoisenção consiste em postular no outro um defeito que não se reconhece em si mesmo, de modo a se considerar a parte positiva e o outro a parte negativa em uma distinção. Com a auto-isenção o comunicador toma licença de não aplicar a si próprio, reflexivamente, os códigos com os quais opera e, assim, a auto-isenção produz poder. (Luhmann, 1996b, p.27).<sup>22</sup> A autoisenção não decorre da autonomia, mas do arbítrio. Promove a discricionariedade e cancela a auto especificação histórica (Luhmann, 2004, p. 463). A declaração de ECI é decisionismo.

#### 4. Conclusão

Este trabalho tem a finalidade exclusiva de evidenciar alguns equívocos que permeiam as descrições e mesmo a crítica do Estado de Coisas Inconstitucional. A resposta fornecida pela jurisprudência do Estado de Coisas Inconstitucional é capaz apenas de uma solução aporética. Esta aporeticidade esconde a função do ECI, aquilo que realmente faz.

Diante da indicação da “crise dos direitos fundamentais”, se pretende uma solução através do reforço da proteção dos direitos

<sup>22</sup> Ver também o conceito de auto-isenção (self exemption) na tradução inglesa da obra Das Recht der Gesellschaft (Luhmann, 2004, p.463).

operado por novas tutelas e técnicas de jurisdição que não fazem outra coisa que não seja reproduzir a barbárie. Em regra, sob a etiqueta de crise, é indicado aquilo a que não se pode descrever, o termo tem mais a ver com incapacidade descritiva do que propriamente com rompimento ou abalo estrutural. A crise dos direitos, nos dias atuais, é produzida pela representação disforme desses direitos. É produzida pela incapacidade descritiva das teorias (disponíveis) sobre os direitos fundamentais e os direitos humanos.

Os direitos fundamentais, de fato, só existem diante da sua violação e, assim, sua função é serem violados. A sua existência é, portanto, crítica. A declaração de ECI se utiliza do argumento de uma crise dos direitos fundamentais produzida por condições estruturais externas para se (auto)justificar, para se (auto)conceber, para se criar. O que ignora é que nenhuma causa externa ao Direito age diretamente sobre ele para moldá-lo. Ora, é o Direito, enquanto sistema parcial da sociedade, que produz a crise dos direitos; porque só direito (re)produz direito e nenhuma ação ou comunicação externa pode penetrá-lo.

A comunicação da crise dos direitos fundamentais tem sentido no interior do direito. O que, contudo, se tem descrito como crise do direito é a sua própria estrutura e modo de funcionar. O Direito não tem a possibilidade de solucionar conflitos sociais, mas (re)descreve no seu interior, pelas suas próprias operações, os conflitos de seu ambiente interno ou externo. Nenhuma construção jurídica tem, por fim, solucionar conflitos, e essa não é uma possibilidade do Direito, pois se encontra fora de seus limites. É essa incapacidade que desencadeia as teorias da crise dos direitos e que justifica seus artefatos decisionais orientados à expansão sobre outros domínios.

O modelo de controle constitucional das experiências constitucionais norte americana, europeia e latino-americana cingia-se à atribuição da qualificação jurídica da inconstitucionalidade, de se indicar um direito como legal (constitucional) ou ilegal (inconstitucional), ou seja, da aplicação do código do Direito ao Direito. Desenvolveu-se como técnica de imunização do direito em relação à política. A declaração de ECI, ao invés, utiliza de uma estratégia argumentativa que desloca

para seu exterior os conflitos constituídos como seu objeto. Faz isso utilizando-se da indicação das causas históricas e sociológicas do conflito e, assim, afasta a possibilidade de observação da (re)produção operativa generalizada da ilegalidade difusa que torna resistentes ao tempo às indicadas violações massivas de direitos fundamentais.

Em termos concretos, a declaração de ECI não é capaz de alcançar os resultados que se atribui como fim (do qual se afirma meio). O que e faz é isentar o Direito e suas operações pelo estado de ilegalidade difusa que efetivamente (re)produziram. Faz isso através do deslocamento argumentativo do problema do Direito para a Política, imputando a essa última, não apenas a causa, mas o dever de correção das mazelas produzidas sob a coordenação do próprio Direito. Não é capaz de produzir soluções para o estado de ilegalidade difusa (instalado no interior do direito), mas, de fato, legitima e reforça esse estado.

Observando decisões da Suprema Corte (*Brown versus Board of Education*), da Corte Interamericana de Direitos Humanos (caso Urso Branco – Resolução de 18 de junho de 2002), ou mesmo da Corte Europeia de Direitos Humanos (*Broniowsky vs. Poland*), vamos notar que decisões de “retenção de jurisdição” voltadas contra “litígios estruturais”, isto é, ilegalidades generalizadas e difusas, poderiam ser encontradas antes mesmo da primeira decisão da Corte Constitucional Colombiana que tratou do conceito de declaração de ECI. A originalidade do conceito de Estado de Coisas Inconstitucional é se distinguir como técnica de tratamento da ilegalidade difusa através do deslocamento para o exterior do sistema do problema que toma por objeto. Enquanto o controle de constitucionalidade de molde tradicional consiste, justamente, em uma técnica de interdição da auto-isenção, permitindo que o sistema aplique sobre si mesmo o código com o qual opera [Conforme o Direito(*Recht*)/Não Conforme o Direito (*Unrecht*) - Constitucional/Inconstitucional)], a declaração de ECI, ao contrário, bloqueia a possibilidade de aplicação reflexiva dos códigos do sistema jurídico, cancela a interdição e realiza a auto-isenção e, então, obsta possibilidades cognitivas do sistema estabilizando expectativas. Em outras palavras, a técnica de declaração de inconstitucionalidade

de fatos ou estado de fatos bloqueia a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade ou não conformidade ao direito de um conjunto de operações realizadas dentro do Direito e pelo Direito, de modo que essas operações e comunicações são validadas.

A declaração de ECI frustrará as expectativas de seus entusiastas porque não será capaz de realizar o futuro que indica no fundamento de suas decisões e nem mesmo corrigir as profundas mazelas estruturais que toma por objeto. Devemos esperar apenas que não chegue o dia de se declarar o Estado de Coisas Inconstitucional do Estado de Coisas Inconstitucional. Seria paradoxal que para devolver a reflexividade ao Direito pela jurisdição constitucional fosse necessário aplicar a auto-isenção sobre a auto-isenção para só assim interditá-la. Mais trágico, ainda, seria que uma vez detectado o estado de ilegalidade difusa no interior do Direito se alcançasse a conclusão que o seu cancelamento dependeria do bloqueio estrutural das comunicações jurídicas produzidas no centro do sistema e, assim, se decretasse o fechamento dos tribunais como hipotetizaram De Giorgi, Faria e Campilongo.

## 5. Referências

ARIZA HIGUERA, L.J., (2000). *La realidad contra el texto: una aproximación al estado de cosas inconstitucional*. Revista Tutela. Volumen (4), pp. 965-978.

BRASIL. Ministério da Justiça. *Levantamento Nacional DE INFORMAÇÕES PENITENCIÁRIAS INFOPEN* - Junho de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MC em ADPF n. 347*. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em 14 jun 2017.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia de Unificación 559 - 1997*. Disponível em <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>. Acesso em 15 de jul 2017).

COLÔMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia de Tutela 153* - 1998. Disponível em <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-153-98.htm>. Acesso em: 15 de jul 2017).

COLÔMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia de Tutela 025* - 2004. Disponível em <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>. Acesso em: 15 de jul 2017.

DE GIORGI, Raffaele. *Por uma Ecologia dos Direitos Humanos*. In: Revista Opinião Jurídica, Fortaleza, ano 15, n. 20, p.324-340, jan./jun. 2017, pp. 324-346. doi:10.12662/2447-6641oj.v15i20.p324-340.2017

DE GIORGI, Raffaele. *Temi di Filosofia del Diritto*. 2 ed. Vol. 1. Lecce: PensaMultimedia, 2016.

DE GIORGI, Raffaele. *Temi di Filosofia del Diritto*. Vol. 2. Lecce: PensaMultimedia, 2015.

DE GIORGI, Raffaele; FARIA, José Eduardo; CAMPILONGO, Celso. O Estado de São Paulo, 19 de Setembro 2015. Disponível em: <http://opiniao.estadao.com.br/noticias/geral,estado-de-coisas-inconstitucional,10000000043> (Acesso em: 20 de julho de 2017)

LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad (Das Recht Der Gesellschaft)*. 2 ed. Trad. Javier Torres Nafarrate. Ciudad de Mexico: Herder/Universidad Iberoamericana, 2005.

LUHMANN, Niklas. *I Diritti Fondamentali come Istituzione*. Trad. Stefano Magnolo. Bari: Edizioni Dedalo, 2002.

LUHMANN, Niklas. *La costituzione come acquisizione evolutiva*. In: Il futuro della costituzione. A cura di ZAGREBELSKY, Gustavo; PORTINARO, Pier Paolo; LUTHER, Jörg. Torino: Einaudi, 1996a, pp. 83-128.

LUHMANN, Niklas. *Law as a Social System*. Translated by Klaus A. Ziegert. (Oxford Socio-Legal Studies). Oxford - New York: Oxford University Press, 2004.

LUHMANN, Niklas. *Observaciones de la modernidad: racionalidad y contingencia en la sociedad moderna*. Barcelona: Paidós, 1997.

LUHMANN, Niklas. *The Sociology of Moral and Ethics*. In: International Sociology (march 1996b), Vol. 11, N. 1, pp. 27-36; Disponível em: <http://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/026858096011001003> (Acesso em: 8 de fevereiro de 2013).

LUHMANN, Niklas & DE GIORGI, Raffaele. *Teoria della Società*. 11 ed. Milano: Franco Angeli, 2014.

MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. *A Formação do Conceito de Direitos Humanos*. Curitiba: Juruá, 2013.

VALLE, Vanice Lírio do. Estado de Coisas Inconstitucional e Bloqueios Institucionais: Desafios para a Construção da Resposta Adequada. In: *Teoria Institucional e Constitucionalismo Contemporâneo*. Org. BOLONHA, Carlos; BONIZZATO, Luigi; e MAIA, Fabiana. Curitiba: Juruá, 2016.



### **Jorge Luiz dos Santos Leal**

Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade Vale do Itajaí - Univali. Mestre em Poder Judiciário e MBA em Poder Judiciário, ambos pela FGV - Direito/Rio. Especializações em Direito Civil e Direito Penal. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Rondônia - Unir. Juiz de Direito em Rondônia. Professor de Direito Processual Civil na Escola da Magistratura do Estado de Rondônia - Emeron. Professor de Direito Processual Civil do Centro Universitário São Lucas de Porto Velho. Juiz Eleitoral (CV-Lattes).



### **Franklin Vieira dos Santos**

Doutor em Direito pela Universidade Vale do Itajaí - Univali. Mestre em Poder Judiciário pela Fundação Getúlio Vargas - FGV Direito/RJ. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pelo Instituto Luterano de Educação Superior de Porto Velho. MBA em Poder Judiciário pela Fundação Getúlio Vargas - FGV. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Rondônia. Professor titular das Cadeiras de Direito Penal II e Direito Processual Penal II no curso de Direito do Centro Universitário São Lucas - CUSL. Professor no curso de pós-graduação na Escola da Magistratura do Estado de Rondônia - Emeron. Titular da cadeira de Direito Empresarial. Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia. Titular da 3ª Vara Criminal da Comarca de Porto Velho. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Processual Civil, Processo Penal e Direito Penal (CV-Lattes).

## A DIMENSÃO TECNOLÓGICA DA SUSTENTABILIDADE E AS REVOLUÇÕES INDUSTRIAS

Jorge Luiz dos Santos Leal  
Franklin Vieira dos Santos

### RESUMO

As Nações da Terra tomaram consciência da necessidade de proteção do meio ambiente a partir da Convenção de Estocolmo ocorrida em 1972. Ao longo das últimas quatro décadas, tem-se buscado alternativas para minorar os danos ambientais causados a fim de garantir a sobrevivência da espécie humana e da vida no planeta. No estágio atual, há consenso sobre a necessidade de se promover ações visando assegurar a sustentabilidade das atividades humanas no globo terrestre, sendo reconhecidas as dimensões econômica, social e ambiental. A essas três dimensões clássicas da sustentabilidade, deve-se agregar uma quarta, a tecnológica, defendida por Gabriel Ferrer e Paulo Cruz. A tecnologia, ao tempo que deu causa à aceleração da degradação ambiental nas várias etapas da revolução industrial, possui papel importantíssimo na possível solução desses problemas, seja no uso de energias limpas, no sequestro de carbono, na descoberta de remédios, biotecnologia ou nanotecnologia. A gestão do conhecimento e das novas conquistas e tecnologias podem garantir a sobrevivência da espécie e preservar o planeta.

**Palavras-chave:** Sustentabilidade. Dimensão tecnológica. Revoluções Industriais.

## ABSTRACT

Earth Nations became aware of the need to protect the environment from the Stockholm Convention in 1972. Over the last four decades, we have sought alternatives to alleviate the environmental damage caused to ensure the survival of the human species and life on the planet. At the current stage, there is consensus on the need to promote actions to ensure the sustainability of human activities on the globe, with the economic, social and environmental dimensions being recognized. To these three classic dimensions of sustainability, must be added a fourth, the technological one, defended by Gabriel Ferrer and Paulo Cruz. Technology, while causing the acceleration of environmental degradation in the various stages of the industrial revolution, plays a very important role in the solution of these problems, whether in the use of clean energies, in carbon sequestration, in the discovery of medicines, biotechnology or nanotechnology. The management of knowledge and new achievements and technologies can guarantee the survival of the species and preserve the planet.

**Keywords:** Sustainability. Technological Dimension. Industrial Revolutions.

## 1. Introdução

Este artigo busca resgatar a percepção de pessoas e dos eventos relevantes, em cada uma das fases, à construção do conceito de sustentabilidade. Para tanto, buscou-se as contribuições de Ignacy Sachs pela sua atuação na época da Conferência de Estocolmo e da criação do termo ecodesenvolvimento. Também nos vale a análise do Relatório Brundtland “Por um Futuro Comum”, de 1987, e a cunhagem do termo desenvolvimento sustentável, bem como os debates ocorridos na ECO-92 que propuseram a evolução desse conceito. A Conferência de Joanesburgo nos apresenta as três dimensões da sustentabilidade (Social, Ambiental e Econômica). Destaca-se,

ainda, os pressupostos de Gabriel Real Ferrer e Paulo Cruz acerca das dimensões de sustentabilidade, especificamente, em relação à dimensão tecnológica. Apresenta-se, ainda, a visão de Jeremy Rifkin relativa à terceira revolução industrial e sua repercussão no mundo. Por fim, traz a visão do Fórum Econômico Mundial em relação à quarta revolução industrial. Defende-se a íntima vinculação entre os temas, pela absoluta influência das revoluções industriais na questão ambiental. O que a primeira e a segunda revoluções industriais destruíram e colocaram em risco pode ser minorado e até mesmo recuperado caso a terceira e a quarta sejam implantadas na direção correta. Da primeira e segunda revoluções, restou o crescimento predatório e despreocupado. Por conta disso, a partir de Estocolmo-72 e de Rio-92, adotou-se uma política de busca do desenvolvimento com preocupações ambientais. Passou-se a defender o desenvolvimento sustentável e, mais recentemente, a sustentabilidade. Nesta última pretende-se até mesmo a recuperação de áreas degradadas. É imprescindível destacar que, no conceito expresso por Gabriel Real Ferrer e Paulo Cruz<sup>1</sup>, "sustentabilidade não é nada mais do que um processo mediante o qual se tenta construir uma sociedade global capaz de se perpetuar indefinidamente no tempo em condições que garantam a dignidade humana."

A dimensão tecnológica da sustentabilidade apresenta duas facetas de enorme repercussão. Com o desenvolvimento da tecnologia e do conhecimento é possível encontrar novos meios para preservar a vida, bem como formas menos poluentes de obter energia, gerar novos empregos, maior facilidade de comunicação e a produção de alimentos. Por outro lado, o mesmo avanço tecnológico pode levar ao abandono de tecnologias obsoletas, contribuindo para evitar a continuação de atividades poluidoras ou que possuam elevado custo econômico ou social. A substituição das tecnologias ultrapassadas por novas, consideradas mais limpas, pode levar ao ponto de equilíbrio necessário para preservar a vida no planeta. Bem direcionada e com

<sup>1</sup> CRUZ, Paulo Márcio; REAL FERRER, Gabriel. Direito, Sustentabilidade e a Premissa Tecnológica como Ampliação de seus Fundamentos. *Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, v. 36, n. 71, p. 239, dez. 2015. ISSN 2177-7055. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2015v36n71p239/30798>>. Acesso em: 18 jan. 2017. <http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2015v36n71p239>

vontade política, a maior causadora da poluição pode servir também como fornecedora dos meios para reduzi-la.

## 1. As Dimensões da Sustentabilidade

### 1.1 Do crescimento a qualquer custo à sustentabilidade

Para falar sobre sustentabilidade, é necessário voltar às suas origens e apresentar o caminho que foi trilhado até a situação atual, demonstrando os passos de sua evolução. Tem extrema importância revisitar o local de onde veio o ecodesenvolvimento para melhor entender o que ele significa hoje.

Segundo Sachs<sup>2</sup>, a Conferência de Estocolmo, realizada pela ONU em 1972<sup>3</sup> (United Nations Conference on the Human Environment), trouxe para o debate qualificado a questão do meio ambiente. Essa Conferência foi precedida por encontros preparatórios dentre os quais se destaca a Reunião Especial do Painel de especialista em Desenvolvimento e Meio Ambiente, ocorrido em Founex, Suíça, em junho de 1971. A conclusão do Relatório Founex, denominado *Report on development and environment*, foi decisivo na medida em que permitiu avançar com o processo que culminaria em Estocolmo-72, sobretudo, acerca dos debates relativos a desenvolvimento e meio ambiente<sup>4</sup>.

Nesse período, foram afastadas as posições extremadas de militantes opostos que afirmavam uns o catastrofismo e outros a abundância<sup>5</sup>. Nessa conferência, as Nações Unidas fizeram uma opção clara pelo caminho do meio. As palavras de Sachs não podem ser esquecidas porque representam alguém que viveu essa época e participou ativamente de todo esse processo<sup>6</sup>:

2 SACHS, Ignacy. *Caminhos para o desenvolvimento sustentável*. -Rio de Janeiro: Garamond, 2002. p. 47 e s.

3 Conferência das Nações Unidas para o meio ambiente humano.

4 SACHS, Ignacy. *Caminhos para o desenvolvimento sustentável*. P. 48.

5 The doomsayers e the cornucopians in Sachs, Ignacy. *Caminhos para o desenvolvimento sustentável*. P. 50.

6 SACHS, Ignacy. *Caminhos para o desenvolvimento sustentável*. P. 51.

Uma alternativa média emergiu entre o economicismo arrogante e o fundamentalismo ecológico. O crescimento econômico ainda se fazia necessário. Mas ele deveria ser socialmente receptivo e implementado por métodos favoráveis ao meio ambiente, em vez de favorecer a incorporação predatória do capital da natureza ao PIB.

As nações do mundo fizeram, então, uma opção de abandonar o paradigma do crescimento a qualquer custo, sendo esse o primeiro passo em direção a um equilíbrio no uso dos recursos naturais.

Até final da década de 1960, pensava-se que o crescimento ou industrialização despreocupada com o meio ambiente iriam permitir aos países em desenvolvimento atingir os níveis de renda *per capita* dos países desenvolvidos ou industrializados e que os problemas causados durante o processo de desenvolvimento pela industrialização seriam absorvidos ou assimilados sem maiores consequências.

A partir de 1972, passou-se a reconhecer a necessidade de conjugar desenvolvimento e ecologia, formando um novo paradigma, o do caminho do meio. Ainda era preciso crescer, mas reconheceu-se a necessidade de preservar. Foi criado o termo ecodesenvolvimento<sup>7</sup> pelo Secretário Geral da Conferência, Maurice Strong, sendo igualmente de grande importância a atuação do economista polonês, naturalizado francês, Ignacy Sachs<sup>8</sup>, que formulou seus princípios.

No ano de 1983, a ONU constituiu uma comissão para avaliar os 10 anos da influência da Conferência de Estocolmo no mundo.<sup>9</sup> Essa comissão trabalhou por quatro anos e apresentou, em 1987, o Relatório Brundtland<sup>10</sup> com o título “Nosso Futuro Comum”, trazendo a expressão e o discurso do desenvolvimento sustentável para o

7 SACHS, Ignacy. *Caminhos para o desenvolvimento sustentável*. Ps. 53/54.

8 Ignacy Sachs é um personagem com grande importância na Conferência de Estocolmo que viveu no Brasil de 1941 a 1954. Formou-se em Economia durante esse período e fez o seu doutoramento na Índia, onde também morou. Por isso apresenta uma visão bem abrangente sobre o desenvolvimento, já que viveu efetivamente em países considerados em desenvolvimento. É conhecido como um eco-socio-economista. Fonte Wikipedia: [https://pt.wikipedia.org/wiki/Ignacy\\_Sachs](https://pt.wikipedia.org/wiki/Ignacy_Sachs)

9 Para saber mais, VÍDEO NO YOUTUBE: Gro Harlem Brundtland – Desenvolvimento sustentável: como tudo começou. *Canal Fronteiras do pensamento*. in: <https://www.youtube.com/watch?v=B18iAYuNiCw> acesso em 20.2.2017.

10 O relatório tomou o nome da sua presidente Gro Harlem Brundtland.

debate público.<sup>11</sup> A partir de 1987, o termo ecodesenvolvimento passou a ser tratado como desenvolvimento sustentável, passando pela sua primeira transformação conceitual.

O termo desenvolvimento sustentável foi aceito e utilizado na Conferência das Nações Unidas sobre o meio ambiente e desenvolvimento, conhecida como Cúpula da Terra, ECO-92 ou RIO-92, e na Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Sustentável, em Joanesburgo, conhecida como Joanesburgo-2002 ou Rio + 10.

Nesse período, houve uma mudança do eixo de pensamento de desenvolvimento como fator principal para igualdade de termos entre desenvolvimento e sustentabilidade.

A partir da Convenção de Joanesburgo-2002, esse conceito sofreu outra evolução, transmutando-se em sustentabilidade. Ainda na convenção de Joanesburgo-2002, adotou-se o entendimento de sustentabilidade baseada em três dimensões: a econômica, a social e a ambiental<sup>12</sup>. Na Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável, realizada no Rio de Janeiro em 2012, a Rio + 20, a sustentabilidade e suas três dimensões foram reafirmadas, resultando na declaração final com o título "O Futuro que Queremos".

Embora cada um desses conceitos: ecodesenvolvimento, desenvolvimento sustentável e sustentabilidade, sejam tratados quase como sinônimos, eles são bem diferentes e seu alcance tem repercussões de grande monta porque a lógica de raciocínio por trás de cada um deles é diferente. Contudo, percebe-se que há proximidade com os próprios títulos dados pelas Nações Unidas às convenções e às conferências convocadas para estudar e discutir a questão do meio ambiente e desenvolvimento.

Da sua leitura, pode-se perceber que os conceitos subjacentes a cada época são: 1º Crescimento; 2º Crescimento com preservação dos recursos naturais; 3º Desenvolvimento sustentável e 4º Sustentabilidade.

11 A ONU e o meio ambiente. Página web que pode ser acessada em: <https://nacoesunidas.org/acao/meio-ambiente/> Acesso em 18.1.17.

12 REAL FERRER, Gabriel; CRUZ, Paulo. Direito, sustentabilidade e a premissa tecnológica como ampliação de seus fundamentos. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*. N. 34. 2016. P. 281. Endereço: <http://seer.ufrgs.br/index.php/revfacdir/article/view/62003/38600> Acesso em: 12 Nov. 2016.

Na 1<sup>a</sup> fase, antes de Estocolmo/72, a lógica era exclusivamente econômica, admitia-se o crescimento a qualquer custo. De Estocolmo/72 até Rio/92, surge a ideia de crescimento com foco na economia, mas com preservação do meio ambiente para o desenvolvimento. Da Rio/92 até Joanesburgo/2002, comparece uma preocupação maior com a preservação do meio ambiente, portanto, o desenvolvimento torna-se consequência da proteção ambiental, afastando-se do pensamento econômico como única força a ser considerada, tratava-se, assim, de uma tentativa de conjugar crescer e preservar sem causar grandes estragos ao ambiente.

A partir da Convenção de Joanesburgo-2002, acolheu-se e difundiu-se o conceito de sustentabilidade, observadas as dimensões social, ambiental e econômica destacando que esses três pilares são inseparáveis. Foi o reconhecimento de que não apenas a economia move o mundo, dando igual valor à necessidade de preservação do ambiente para a proteção social. Faces essas que não tinham recebido a devida atenção até aquele momento. A Convenção de Joanesburgo teve forte apelo social com preocupação pela erradicação da pobreza. Nesse sentido, a declaração final da Convenção de Joanesburgo-2002<sup>13</sup> postula:

Reconhecendo que a humanidade se encontra numa encruzilhada, estamos unidos numa determinação comum, a fim de realizar um esforço determinado para responder afirmativamente à necessidade de apresentar um plano prático e visível, que leve à erradicação da pobreza e ao desenvolvimento humano. Trinta anos atrás, em Estocolmo, concordamos na necessidade urgente de reagir ao problema da deterioração ambiental. Dez anos atrás, durante a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, Realizada no Rio de Janeiro, concordamos que a proteção do meio ambiente e o desenvolvimento social e econômico são fundamentais para o desenvolvimento sustentável, com base nos Princípios do Rio. Para alcançar tal desenvolvimento, adotamos o programa global denominado Agenda 21 e a Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, aos quais reafirmamos

13 Pode ser encontrada em: [www.mma.gov.br/estruturas/ai/\\_arquivos/decpol.doc](http://www.mma.gov.br/estruturas/ai/_arquivos/decpol.doc). Acesso em 20.2.2017.

nosso compromisso. A Cúpula do Rio foi um importante marco, que estabeleceu uma nova agenda para o desenvolvimento sustentável. Entre o Rio e Joanesburgo, as nações do mundo se reuniram em diversas grandes conferências sob a coordenação das Nações Unidas, incluindo a Conferência de Monterrey sobre Financiamento ao Desenvolvimento e a Conferência Ministerial de Doha. Essas conferências definiram para o mundo uma visão abrangente para o futuro da humanidade. Na Cúpula de Joanesburgo muito se alcançou na convergência de um rico tecido de povos e pontos de vista, numa busca construtiva por um caminho comum rumo a um mundo que respeite e implemente a visão do desenvolvimento sustentável. A Cúpula de Joanesburgo também confirmou que progressos significativos foram realizados rumo à consolidação de um consenso global e de uma parceria entre todos os povos de nosso planeta.

De crescer a qualquer custo, período anterior a 1972, até crescer ou decrescer para atender às necessidades da economia, da sociedade e do ambiente, sustentabilidade após Joanesburgo-2002, foi um longo trajeto que ainda está sendo percorrido. Os elementos teóricos e até mesmo a concordância da quase totalidade dos países já foi obtida, restando apenas conseguir colocar em prática todo esse trabalho.

O conceito de sustentabilidade, de extrema importância para este trabalho pode ser compreendido através do pensamento dos estudiosos Gabriel Real Ferrer e Paulo Cruz<sup>14</sup>:

Sustentabilidade não é nada mais que um processo mediante o qual se tenta construir uma sociedade global capaz de se perpetuar indefinidamente no tempo em condições que garantam a dignidade humana. Atingido o objetivo de construir uma nova sociedade, será sustentável tudo aquilo que contribua com esse processo e insustentável será aquilo que se afaste dele.

Dele se extrai que sustentabilidade é a capacidade humana de

14 CRUZ, Paulo Márcio; REAL FERRER, Gabriel. Direito, Sustentabilidade e a Premissa Tecnológica como Ampliação de seus Fundamentos. *Seqüência: Estudos Jurídicos e Político*. Florianópolis, v. 36, n. 71, p. 239, dez. 2015. ISSN 2177-7055. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2015v36n71p239>>. Acesso em: 27 jun. 2018. doi:<https://doi.org/10.5007/2177-7055.2015v36n71p239>.

se perpetuar-se indefinidamente no planeta, preservando a vida, usando bem os recursos naturais, com justiça social, atendendo às necessidades econômicas. Essa definição é inspiradora e ressalta o quanto distante ainda estamos do objetivo. Leonardo Boff traz uma definição também inspiradora e até poética. Para ele, a Terra é um organismo vivo e toda a comunidade da vida deve ser preservada, permitindo que seja mantida e enriquecida em sua capacidade de regeneração, reprodução e coevolução.<sup>15</sup>

Podemos resumir os conceitos através do quadro abaixo:

Expressão	Significado/conceito
Crescimento	Crescer a qualquer custo
Ecodesenvolvimento	Crescer, com preocupação de não degradar demasiadamente o ambiente. Foco na economia.
Desenvolvimento Sustentável	"Forma como as atuais gerações satisfazem as suas necessidades sem, no entanto, comprometer a capacidade de as gerações futuras satisfazerem suas próprias necessidades." (Relatório Brundtland)
Sustentabilidade	"um processo mediante o qual se tenta construir uma sociedade global capaz de se perpetuar indefinidamente no tempo em condições que garantam a dignidade humana." (Paulo Cruz e Gabriel Real Ferrer.)

Quadro elaborado pelos autores.

Percebe-se, assim, que o desenvolvimento sustentável pode ser um dos caminhos para atingir a sustentabilidade, já que as condições do mundo atual demonstram que há muitos lugares que precisam de desenvolvimento no aspecto social e econômico enquanto outros necessitam de proteção ambiental. Alguns podem involuir no uso de seus recursos ou atingir um ponto de equilíbrio no seu uso, sendo o caso de se aplicar a teoria do decrescimento defendida por Serge Latouche. Crescer não é a única opção. Escolher crescer ou decrescer, preservar e reconstruir, globalizar ou localizar, talvez até

15 BOFF, Leonardo. *Sustentabilidade: o que é: o que não é*. 4. Ed. – Petrópolis: Vozes, 2015. P. 107.

mesmo ressignificando a própria noção de bem estar social e lucro, é extremamente necessário para preservar a vida no planeta.

## 1.2 As dimensões da sustentabilidade

A sustentabilidade é um processo que deve reunir necessariamente vários aspectos ou áreas de atuação. Para a sua consecução é necessário que as atividades humanas observem quatro requisitos essenciais. A viabilidade econômica, a justiça social, a proteção ambiental e o fator tecnológico.

Esses aspectos são as chamadas dimensões da sustentabilidade, na expressão mais aceita na doutrina, e há várias visões sobre os seus elementos essenciais. Muitos autores apresentam as suas interpretações de quais são as dimensões da sustentabilidade. Ignacy Sachs<sup>16</sup> afirma que são oito os critérios de sustentabilidade: social, cultural, ecológico, ambiental, territorial, econômico, política nacional e política internacional.<sup>17</sup>

Juarez Freitas defende a existência de pelo menos cinco dimensões da sustentabilidade, qualificando-as como galhos da mesma árvore<sup>18</sup>. São elas: social, ética, jurídico-política, econômica e ambiental.

A mais difundida e aceita amplamente é a do *triple bottom line*<sup>19</sup>, cunhada por Elkington em 1997.<sup>20</sup> Segundo ele, a sustentabilidade tem três dimensões: a econômica, a social e a ambiental. Essa definição foi aceita na Convenção de Joanesburgo-2002, sendo amplamente

16 Sachs, Ignacy. Caminhos para o desenvolvimento sustentável. Anexo 1. ps.85/88.

17 Em trabalho anterior Ignacy Sachs defendia a existência de cinco dimensões do ecodeenvolvimento (social, econômica, ecológica, espacial e cultural). Estratégias de transição para o século XXI. In: BURSZTYN, M. *Para Pensar o Desenvolvimento Sustentável*. São Paulo: Brasiliense, 1993. p. 29-56. No mesmo sentido MONTIBELLER FILHO, Gilberto. *O mito do desenvolvimento sustentável: Meio ambiente e custos sociais no moderno sistema produtor de mercadorias*. 2. Ed. Ver. – Florianópolis: Ed. Da UFSC, 2004.

18 FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade. Direito ao futuro*. p. 58.

19 Resultado final tríplice consistente em prosperidade econômica, qualidade ambiental e justiça social.

20 ELKINGTON, John. *Canibais com garfo e faca*. São Paulo: Makron Books, 2001, p. 74-75. A edição original do livro, em inglês, data de 1997. Essa expressão tem tudo a ver com economia e significa a linha final de uma conta, o resultado. Em suma a ideia subjacente é de que a sustentabilidade estaria diretamente ligada à conjugação do resultado obtido nos três aspectos ou dimensões, social, econômica e ambiental.

reconhecida na doutrina.<sup>21</sup>

Gabriel Real Ferrer e Paulo Cruz defendem a existência de uma quarta dimensão da sustentabilidade, a dimensão tecnológica, que é o objeto principal deste artigo. Ela deve ser reconhecida junto às três clássicas dimensões referidas acima e tem caráter transversal, atuando e possuindo forte influência sobre as outras no processo de alcançar a sustentabilidade.<sup>22</sup> Esses estudiosos chegam ao consenso de que as três dimensões estão determinadas pelo fator tecnológico.

Apesar dos teóricos variarem em suas proposituras, não há divergências quanto ao que representam essas dimensões, sendo elas clássicas, ao que tudo indica, a maioria dos autores as legitimam. Cada uma representa um aspecto a ser analisado em relação às atividades econômicas ou atuação do poder público, a fim de apurar se os projetos e atividades são benéficas ao planeta e às pessoas e se permitem ao investidor que realiza um empreendimento colher resultado econômico positivo e obter lucro.

É evidente que uma atividade que destrói o ambiente em nome do lucro fácil não é sustentável. O mesmo pode-se dizer da atividade que preserva o ambiente natural, mas traz enormes prejuízos para a população local. Igualmente ocorre com um empreendimento que protege a natureza, o homem da região, mas causa prejuízos ao investidor, uma vez que certamente ele será abandonado rapidamente, pois o que move os projetos é a expectativa de lucro.

Apresentamos, no tópico seguinte, a dimensão tecnológica da sustentabilidade e o seu significado segundo a visão de Gabriel Real Ferrer e Paulo Cruz.

---

21 Cristiane Froehlich apresenta uma tabela com a visão de sete autores diferentes. Vide: FROEHLICH, Cristiane. Sustentabilidade: dimensões e métodos de mensuração de resultados. *DESENVOLVE: Revista de Gestão do Unilasalle*, v.3, n. 2, p.151-168, set. 2014. Disponível em: <http://www.revistas.unilasalle.edu.br/index.php/desenvolve/article/view/1316/1182> >. Acesso em: 05 de Nov. 2016.

22 CRUZ, Paulo; REAL FERRER, Gabriel. *Direito, sustentabilidade e a premissa tecnológica como ampliação de seus fundamentos*. p. 293.

### 1.2.1 A dimensão tecnológica

O engenho e a inteligência garantiram a preservação da espécie humana ao longo da história, criando mais facilidades para obter abrigo, sustento e satisfação de necessidades cada vez mais complexas e difíceis de alcançar. O conhecimento acumulado ao longo de milênios foi se aperfeiçoando, afastando o homem do esforço físico, substituindo-o por máquinas e técnicas cada vez mais avançadas que facilitam sua vida. O fogo, a roda, a imprensa, a eletricidade são exemplos de tecnologia. Atualmente, ela atingiu um grau tão elevado de sofisticação e penetração nas atividades das pessoas que é quase impossível viver sem seu uso. A *expertise* desenvolvida ao longo de milênios, o conhecimento acumulado e as técnicas de construção, elaboração e execução das atividades permitem ao ser humano enormes facilidades na realização de suas tarefas diárias, impactando, assim, diretamente no planeta. O aparato tecnológico fornece energia elétrica, transportes por meio de vários tipos de veículos, comunicações imediatas faladas e com imagem, informação instantânea, diversão e estudo. Quem imagina hoje fazer petições em máquina de escrever? Cartas manuscritas? Ademais, a tecnologia está em tantas atividades que é virtualmente impossível afastar-se dela. O seu campo é tão vasto que está presente na reprodução assistida humana e animal, nas colheitas, na previsão do tempo, na coleta e pasteurização do leite, na computação móvel, nos drones, no *internet banking* e em tantas outras atividades que nos demonstram a atual dependência da grande maioria da população dos recursos tecnológicos.

Os mecanismos ciência e tecnologia estão intrinsecamente interligados. Aquilo que a ciência tem sido capaz de produzir como consequência da genialidade humana, a tecnologia tem se ocupado em colocar em prática, trazendo avanços para o cotidiano. Assim, a tecnologia é a aplicação do conhecimento científico e o resultado de pesquisas de profissionais de todas as partes do globo.

É relevante para a questão da tecnologia ou a dimensão tecnológica da sustentabilidade o fato de que esses avanços da

ciência e a capacidade de caminhar rumo a um futuro mais seguro ambientalmente depende de pesquisas, estudos e descobertas que estão sendo financiadas por organismos governamentais e privados e passam, necessariamente, pela avaliação das três dimensões da sustentabilidade.

O bom uso da tecnologia provoca melhorias na condição do ambiente. A consciência no uso tecnológico promove melhoria social, por meio da descoberta e distribuição de remédios, de energia limpa, aumento da produção agrícola, purificação e disponibilização de água em abundância ou diminuição da pobreza. Os avanços da tecnologia representam benefícios econômicos para os investidores a ponto de permitir lucro nas suas atividades.

A tecnologia também pode ser usada para descobrir a melhor forma de reflorestar áreas atingidas por catástrofes naturais ou mesmo decorrentes de queimadas ou exploração ilegal, realizando o que se chama sequestro de carbono, servindo-se da fotossíntese para captura do gás carbônico da atmosfera, convertendo-o em oxigênio. Os avanços da ciência revelam, ainda, inúmeras funcionalidades no reaproveitamento de bens e produtos, gerando emprego e renda para as pessoas, reduzindo o volume de materiais inservíveis que seriam, então, descartados.

O processo produtivo atual depende majoritariamente de petróleo, considerado como poluente responsável por grande parte da mudança climática que está em andamento, percebe-se a imensa importância que possuem as pesquisas que buscam alternativas ao uso de combustíveis fósseis através das pesquisas acerca de fontes energéticas limpas e renováveis tais como: energia hidrelétrica, eólica, das marés, do hidrogênio (Rifkin), atômica, atômica do thorium.<sup>23</sup>

Consideradas todas essas questões, fica claro que a tecnologia tem impactado intensamente nas três dimensões da sustentabilidade, pois um mesmo produto ou técnica de produção poderá afetar tanto o meio ambiente quanto a sociedade global, a sociedade local e a economia. Nesse sentido, Gabriel Real Ferrer e Paulo Cruz propõem a existência de uma quarta dimensão da sustentabilidade que é a tecnológica.

23 PEDERSEN, Thomas Jan. *Making safe nuclear Power from thorium*. TEDxCopenhagen. <https://www.youtube.com/watch?v=tHO1ebNxhVI> acesso em 20.2.2017.

No artigo *Sostenibilidad Tecnológica y sus desafios frente al Derecho*<sup>24</sup>, Gabriel Real Ferrer faz referência ao medicamento SOVALDI (Sofosbuvir) a fim de exemplificar a importância da tecnologia no tripé social. Essa droga tem aumentado significativamente as possibilidades de cura para a hepatite C. Nos Estados Unidos e Europa, o preço para o tratamento é altíssimo, em torno de oitenta a noventa mil dólares no primeiro, e sessenta mil euros no segundo. Já no Egito a mesma medicação é vendida por novecentos dólares. Evidentemente que o preço do produto está sendo usado como forma de obter lucro muito acima de qualquer prática razoável, já que a própria empresa que criou o princípio ativo estimava o valor do tratamento em 1/3 dos valores cobrados nos Estados Unidos e na Europa. No Brasil, apenas uma caixa com 28 comprimidos tem preço de mercado de R\$ 82.335,00, sendo vendido à vista por R\$ 78.218,25<sup>25</sup>. Segundo o Ministério da Saúde do Brasil, há no país, aproximadamente, um milhão e quatrocentas mil pessoas portadoras de hepatite C. Estimamos que isso pode levar o Governo a pensar na possibilidade de quebra da patente do medicamento, como ocorreu na Índia.<sup>26</sup> Não há dúvida de que o avanço da pesquisa médica e a descoberta de um remédio que poderá trazer a cura para quase um milhão e meio de pessoas só no Brasil tem imensa repercussão social. As pesquisas com células tronco, manipulação genética, biotecnologia e até mesmo nanotecnologia são uma realidade cada vez mais presente que impactarão na saúde e nos meios de produção.

Outro ponto que tem extrema importância na dimensão tecnológica da sustentabilidade, diz respeito à substituição de tecnologias obsoletas ou prejudiciais por tecnologias novas, amigáveis ao ambiente. Conhecida a questão do gás CFC (clorofluorcarbono) usado em geladeiras, aparelhos de ar condicionado e aerosóis

24 REAL FERRER, Gabriel. *La sostenibilidad tecnológica y sus desafios frente al Derecho*. Disponível em: [https://www.academia.edu/29211132/LA\\_SOSTENIBILIDAD\\_TECNOL%C3%93GICA?auto=download](https://www.academia.edu/29211132/LA_SOSTENIBILIDAD_TECNOL%C3%93GICA?auto=download) acesso em: 27 jun. 2018.

25 Pesquisa na internet dia 6.2.17. <http://www.saredrogarias.com.br/Sovaldi-400mg-28-comprimidos-Sofosbuvir>

26 BUSCATO, Marcela. *Hepatite C já tem cura. Por que ela continua inacessível?* Revista Época : <http://epoca.globo.com/vida/noticia/2016/07/hepatite-c-ja-tem-cura-por-que-ela-continua-inacessivel.html> acesso em 20.2.2017.

durante décadas, que causou um enorme buraco na camada de ozônio, potencializando os efeitos nocivos dos raios solares<sup>27</sup>. Com o banimento dessa substância, outras estão sendo usadas sem gerar efeitos deletérios. Por conta da substituição do gás usado, a camada de ozônio tem se recuperado. O conhecimento científico permitiu descobrir os males da substância e sua substituição por outras, reduzindo a agressão ao ambiente e garantindo melhor condição para toda a vida no planeta.

Fica patente, assim, que a tecnologia não é simples meio de atuação do processo de desenvolvimento sustentável na busca pela sustentabilidade. Não é só instrumento. Ela é um fator importante, que tem relevância própria, pois sem os avanços da ciência e a correta gestão e aplicação do conhecimento, não seria possível obter alternativas de suprir as necessidades da população da Terra de uma forma que permitisse ao meio ambiente recuperar-se e sustentar indefinidamente a vida, lembrando que isso deve acontecer com dignidade para todos os seres humanos.

## 2. As Revoluções Industriais

A Revolução Industrial foi um movimento que teve início na Inglaterra no final do século XVIII e se tornou responsável por imprimir profundas mudanças nos processos produtivos, econômicos e sociais em todo o mundo. A complexidade dos eventos que se desdobram a partir deste primeiro momento é responsável por aquilo que se chamou de fases da revolução industrial, ou, pelo que é compreendido, percebido e considerado como processos particularizados que assumem significados em Primeira, Segunda, Terceira e Quarta Revolução Industrial, resultando assim no conceito plural de Revoluções Industriais.

O uso do carvão e da máquina a vapor para gerar produção mecanizada e aumentar a produção de bens recebeu o nome de Revolução Industrial devido às profundas mudanças nos modos de produção que passou de artesanal para uma produção mecanizada.

27 TORRICO, Ricardo. Uso do gás CFC. *Revista Superinteressante*: <http://super.abril.com.br/ideias/uso-do-gas-cfc/> acesso em 20.2.2017.

Tal evento, extermou o sistema de organização feudal, dando início ao capitalismo, provocando alterações no tecido social, privilegiando a burguesia, detentora de capital, criando o proletariado (trabalhadores das fábricas), consumindo enorme quantidade de matéria prima e gerando intensa poluição.

Deixando de lado a questão dos benefícios, para efeitos deste trabalho, destacamos o fato de que o uso das novas tecnologias, que culminou na revolução industrial, trouxe poluição e prejuízos vários ao meio ambiente. Igualmente, a intensa exploração dos trabalhadores deu causa ao surgimento de ideologias socialistas e comunistas. Enquanto o aspecto econômico era destacado com o lucro da burguesia, os aspectos social e ambiental eram desprezados. A imagem que representa essa primeira fase é a seguinte:



Imagen obtida na internet.

A segunda fase da Revolução Industrial foi baseada no uso da eletricidade e do petróleo, ampliando a produção. O veículo a motor, o uso do aço e o telégrafo facilitaram o comércio e a interação entre as pessoas. A facilidade de circulação de bens permitiu a aproximação entre países e aumentou o comércio significativamente. Uma imagem que bem define esse período é a seguinte:



Imagen obtida na internet.

A terceira fase da Revolução Industrial tem vínculo direto com a tecnologia da informação, começou após a Segunda Guerra Mundial e tem como principais pontos a eletrônica, a computação e telecomunicações em tempo real. Uma imagem que represente essa terceira fase é a seguinte:



Imagen obtida na internet.

A quarta fase está vinculada à automação total da produção de bens, com convergência entre a internet das coisas, computação em nuvem, numa espécie de fábrica inteligente e impressoras 3D. A imagem para essa quarta fase é a seguinte:

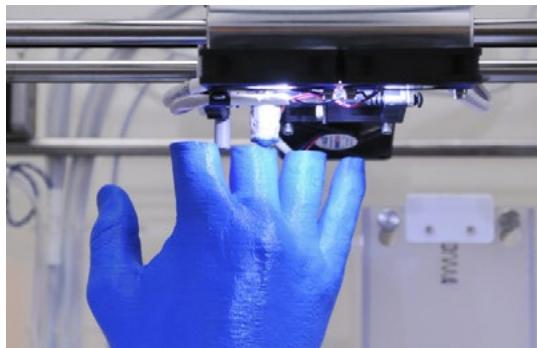


Imagen obtida na internet.

Valéria Perasso, em reportagem para a BBC Brasil faz um resumo da evolução acontecida dentro da revolução industrial:<sup>28</sup>

Também chamada de 4.0, a revolução acontece após três processos históricos transformadores. A primeira marcou o ritmo da produção manual à mecanizada, entre 1760 e 1830. A segunda, por volta de 1850, trouxe a eletricidade e permitiu a manufatura em massa. E a terceira aconteceu em meados do século 20, com a chegada da eletrônica, da tecnologia da informação e das telecomunicações. Agora, a quarta mudança traz consigo uma tendência à automatização total das fábricas - seu nome vem, na verdade, de um projeto de estratégia de alta tecnologia do governo da Alemanha, trabalhado desde 2013 para levar sua produção a uma total independência da obra humana.

Elá esclarece que a característica principal da nova etapa da revolução industrial é o uso de sistemas ciberfísicos capazes de cooperação entre as próprias máquinas e os humanos mediante a internet das coisas.

A pós-modernidade tem trazido grandes desafios para o entendimento e interpretação da realidade. O mundo líquido referido por Zygmunt Baumann está bastante presente nessa questão porque

<sup>28</sup> PERASSO, Valéria. *O que é a 4º revolução industrial - e como ela deve afetar nossas vidas.* In: <http://www.bbc.com/portuguese/geral-37658309> acesso em 20.2.2017.

a terceira etapa da revolução industrial ainda está acontecendo e já se fala na sua quarta etapa.

Jeremy Rifkin<sup>29</sup>afirma que a Terceira Revolução Industrial em andamento está centrada em cinco pilares que são: a migração para uso de energia renovável; a transformação de construções em mini-usinas de energia verde (energias renováveis do sol, vento e geotérmicas); a armazenagem, nos próprios edifícios, da energia produzida em células de hidrogênio ou outras formas tipo baterias; a utilização de um sistema de rede tipo internet para servir de meio para distribuição compartilhada da energia excedente em cada edifício, criando um mundo de compartilhamento de energia; e o uso de veículos elétricos ou movidos a células de combustível aptos a reabastecer-se de energia verde na rede prevista acima.<sup>30</sup>

Ele diz ainda que a Segunda Revolução Industrial encerrou-se em julho de 2008, quando o preço do barril de petróleo chegou a 147 dólares, atingindo o que ele afirmou ser o pico máximo da globalização e da *"máxima extensión posible del crecimiento económico global dentro de um sistema económico tan profundamente dependiente del petróleo y de otros combustibles fósiles."*<sup>31/32</sup>

Entretanto, a visão desse autor não se trata efetivamente de uma terceira revolução industrial. Na verdade é uma terceira revolução econômica ou civilizacional. Explicamos: Já houve na história duas grandes revoluções econômicas. A primeira foi a do início da civilização com as plantações e irrigação que permitiu o aglomeramento humano nas cidades e a escrita ocorrida na Babilônia. A segunda foi proveniente da descoberta do uso do petróleo no século XVIII, com a eletricidade e telefones. Ambas representaram uma ruptura com o sistema antigo por fornecerem uma forma de energia diferente e uma forma de comunicação diferente, muitas vezes mais eficiente.

29 RIFKIN, Jeremy. *La tercera revolución industrial. Como el poder lateral está transformando La energía, La economía y el mundo.* – Barcelona, Espasa, 2012.

30 Third Industrial Revolution Animation, in <https://www.youtube.com/watch?v=ES0o8Tp-F8uU> acesso em 20.2.2017.

31 RIFKIN, Jeremy. *La tercera revolución industrial. Como el poder lateral está transformando La energía, La economía y el mundo.* – Barcelona, Espasa, 2012. Ps. 28/29.

32 "Máxima extensão possível do crescimento econômico global dentro de um sistema econômico tão profundamente dependente do petróleo e de outros combustíveis fósseis." Tradução dos autores.

A terceira revolução trará enormes avanços no que diz respeito ao uso de energias limpas e renováveis, assim como há todo um sistema novo de comunicação em rede, em que o poder lateral determina novas formas de sustentação da civilização e altera significativamente a vida das pessoas.

Vê-se claramente que a percepção de Rifkin sobre a terceira revolução industrial é diferente das precedentes. Entretanto, isso não infirma o que aconteceu anteriormente acerca dos avanços da informática e da tecnologia da informação que deram causa à revolução industrial atual, na sua terceira fase.

A obra de Rifkin fornece elementos para repensar qual a direção da terceira revolução industrial. O autor fala de uma revolução civilizatória, não só de uma revolução industrial.

Em primeiro lugar, percebe-se que todos os avanços da tecnologia estão sob domínio do homem e, a despeito do que ocorre na prática, todos eles têm potencial para melhorar a vida no planeta. A globalização da comunicação, o acesso à internet, educação, conhecimento e entretenimento são aplicações amplamente benéficas para a sociedade. A escolha do uso de energias limpas e a opção por uma economia verde tem grandes benefícios para a qualidade de vida das gerações que já existem e permitirão às futuras gerações nascerem com melhores condições do planeta. Nela, o autor americano apresenta um mundo futuro onde haverá mais empatia entre os seres humanos e o lucro econômico não será a sua mola propulsora. A existência de redes ou *grid* de energia colaborativa com geração e armazenamento de energia em todo lugar permitirá ganhos econômicos para as pessoas, reduzindo o preço dos produtos. Rifkin apresenta uma visão muito particular de mundo e defende a existência de uma nova forma de civilização, a sociedade empática, tema de um outro livro seu.

A quarta revolução industrial, que está acontecendo agora, tem como principal divulgador o Fórum Econômico Mundial, sendo a obra de Claus Schwab,<sup>33</sup> seu idealizador e presidente, a literatura básica sobre o tema. Ele defende que a quarta revolução industrial aconteceu quando as barreiras entre homem e máquinas se

---

33 SCHWAB, Klaus. *The fourth Industrial Revolution*. World Economic Forum. 2016.

dissolveram e que ela cria novas oportunidades de desenvolvimento para a economia, sociedade e para as pessoas. Diz também que ela tem efeitos colaterais possíveis como a marginalização de alguns grupos, exacerbar a diferença de ganhos entre as pessoas, criar novos riscos de segurança e enfraquecer as relações humanas.<sup>34</sup>

Ocorre que o Fórum Econômico Mundial tem uma visão voltada para a economia, ficando a dúvida se essa revolução é simplesmente um modo diferente de produzir, mas será mantida a lógica de mercado atual onde o lucro é o principal objetivo. As tecnologias disruptivas como inteligência artificial, fábricas totalmente automatizadas, o amplo uso de robôs, a internet das coisas, *big data*, impressoras 3D e manipulação genética têm a finalidade de garantir o maior lucro possível para os detentores do grande capital transnacional e certamente irão reduzir a disponibilidade de empregos. Mesmo com o incremento da produção não se tem visto a diminuição dos preços dos produtos. É certo que há informações de que haverá criação de novos empregos para atender às demandas que não podem ser robotizadas, contudo, isso ainda é uma possibilidade, nada mais que isso.

Nesse ponto, deve ser lembrada a grande crítica à globalização que preconiza que apenas trouxe benefícios significativos para os detentores do grande capital. Por isso, é importante acompanhar a implantação da quarta revolução industrial para evitar que o capital financeiro global não venha sequestrar o destino da revolução industrial, pois deve ser lembrado que a sustentabilidade exige também a melhoria da condição social das pessoas, para que vivam com um mínimo de dignidade.

### 3. Considerações Finais

A terceira e a quarta revoluções industriais, centradas em comunicações, tecnologia, computação, automação e biotecnologia estão se desenvolvendo ao mesmo tempo em que ocorre o

34 SCHWAB, Klaus. *How can we embrace the opportunities of the Fourth Industrial Revolution?* In: a <https://www.weforum.org/agenda/2016/01/how-can-we-embrace-the-opportunities-of-the-fourth-industrial-revolution/> acesso em 20.2.2017.

reconhecimento da necessidade de preservação ambiental, com o fortalecimento do paradigma da sustentabilidade. A pergunta que deu origem a este trabalho era relativa à existência de vínculos entre umas e outras. A resposta que surge é que a disseminação da informação fez com que a grande maioria da população e dos governos do mundo tomassem conhecimento dos graves problemas ambientais de forma tão forte que estão exigindo mudanças. Assim, a informação trazida pela facilidade de comunicação favoreceu a tomada de consciência para a necessária mudança do paradigma do crescimento econômico sem fronteiras éticas para o paradigma da sustentabilidade. Assim, a dimensão tecnológica da sustentabilidade assume extrema importância, pois é a tecnologia que está fazendo a terceira e a quarta revoluções industriais e que permitiu a tomada de consciência dos riscos e também possibilitou a tomada de posição em favor do planeta.

A dimensão tecnológica da sustentabilidade também tem importantíssima atuação e está em simbiose perfeita com a noção de 3<sup>a</sup> Revolução Industrial segundo Rifkin. A aplicação dos novos conhecimentos sobre genoma, nanotecnologia, comunicações, tecnologias limpas, armazenamento de energias renováveis, geração, armazenamento e distribuição em rede, reciclagem de rejeitos das tecnologias ultrapassadas, dentre outros permitirá evitar desperdícios, reduzindo o lixo e as agressões à natureza. O vínculo foi constatado, pois hoje já é possível usar os avanços da tecnologia e os avanços típicos dessas revoluções para o bem do homem, da humanidade e da vida. As descobertas da manipulação genética permitirão criar remédios para doenças ainda não curáveis e também para pacientes específicos, para suas necessidades ao nível do DNA. Além disso, com os avanços do conhecimento será possível modificar sobremaneira o meio ambiente humano e artificial no sentido de maior aproximação e harmonia com o ambiente natural.

Enquanto as duas primeiras revoluções industriais trouxeram prejuízos ao ambiente, a terceira e a quarta fornecem os mecanismos para a recuperação da qualidade de vida no planeta. Basta aos homens a decisão de usá-los.

#### 4. Referências

BOFF, Leonardo. *Sustentabilidade: o que é: o que não é*. 4. Ed. - Petrópolis: Vozes, 2015.

CRUZ, Paulo Márcio; REAL FERRER, Gabriel. Direito, Sustentabilidade e a Premissa Tecnológica como Ampliação de seus Fundamentos. *Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, v. 36, n. 71, p. 239, dez. 2015. ISSN 2177-7055. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2015v36n71p239>>. Acesso em: 27 jun. 2018. doi:<https://doi.org/10.5007/2177-7055.2015v36n71p239>.

CRUZ, Paulo Márcio; REAL FERRER, Gabriel. Direito, Sustentabilidade e a Premissa Tecnológica como Ampliação de seus Fundamentos. *Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, v. 36, n. 71, p. 239, dez. 2015. ISSN 2177-7055. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2015v36n71p239/30798>>. Acesso em: 18 jan. 2017. doi:<http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2015v36n71p239>.

FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade. Direito ao futuro*. 2. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

FROEHLICH, Cristiane. Sustentabilidade: dimensões e métodos de mensuração de resultados. *DESENVOLVE: Revista de Gestão do Unilasalle*, v.3, n. 2, p.151-168, set. 2014. Disponível em: <http://www.revistas.unilasalle.edu.br/index.php/desenvolve/article/view/1316/1182> >. Acesso em: 05 Nov. 2016.

MONTIBELLER FILHO, Gilberto. *O mito do desenvolvimento sustentável: Meio ambiente e custos sociais no moderno sistema produtor de mercadorias*. 2. Ed. Ver. - Florianópolis: Ed. Da UFSC, 2004.

REAL FERRER, Gabriel. *La sostenibilidad tecnológica y sus desafíos frente*

*al Derecho.* Disponível em: [https://www.academia.edu/29211132/LA\\_SOSTENIBILIDAD\\_TECNOL%C3%93GICA?auto=download](https://www.academia.edu/29211132/LA_SOSTENIBILIDAD_TECNOL%C3%93GICA?auto=download) acesso em: 27 jun. 2018.

REAL FERRER, Gabriel Real Ferrer; GLASENAPP, Maikon Cristiano; CRUZ, Paulo Márcio. Sustentabilidade: um novo paradigma para o direito. *Novos Estudos Jurídicos*, [S.I.], v. 19, n. 4, p. 1433-1464, dez. 2014. ISSN 2175-0491. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/6712>>. Acesso em: 05 nov. 2016. doi:<http://dx.doi.org/10.14210/nej.v19n4.p1433-1464>

RIFKIN, Jeremy. *La civilización empática. La Carrera hacia uma conciencia global em um mundo em crise.* – Barcelona, Espasa, 2010.

RIFKIN, Jeremy. *La tercera revolución industrial. Como el poder lateral está transformando La energía, La economía y el mundo.* – Barcelona, Espasa, 2012.

SACHS, Ignacy. *Caminhos para o desenvolvimento sustentável.* – Rio: Garamond, 2002.

SCHWAB, Klaus. *The fourth Industrial Revolution.* World Economic Forum. 2016.

SOARES, Josemar Sidnei; CRUZ, Paulo Márcio. Critério ético e sustentabilidade na sociedade pós-moderna: Impactos nas dimensões econômicas, transnacionais e jurídicas. *Novos Estudos Jurídicos*, [S.I.], v. 17, n. 3, p. 401-418, dez. 2012. ISSN 2175-0491. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/4208>>. Acesso em: 05 nov. 2016. doi:<http://dx.doi.org/10.14210/nej.v17n3.p401-418>.

Páginas da internet:

*A ONU e o meio ambiente.* Disponível em: <https://nacoesunidas.org/acao/meio-ambiente/> Acesso em 18 Jan. 17.

BUSCATO, Marcela. Hepatite C já tem cura. Por que ela continua

inacessível?: *Revista Época* : <http://epoca.globo.com/vida/noticia/2016/07/hepatite-c-ja-tem-cura-por-que-ela-continua-inacessivel.html> acesso em 20 Fev. 2017.

Convenção de Joanesburgo-2002 Disponível em: [www.mma.gov.br/estruturas/ai/\\_arquivos/decpol.doc](http://www.mma.gov.br/estruturas/ai/_arquivos/decpol.doc) acesso em 20.2.2017.

PEDERSEN, Thomas Jan. *Making safe nuclear Power from thorium*. TEDXCopenhagen. <https://www.youtube.com/watch?v=tHO1ebNxhVI> acesso em 20 Fev. 2017.

PERASSO, Valéria. *O que é a 4ª revolução industrial - e como ela deve afetar nossas vidas*. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/geral-37658309> acesso em 20 Fev. 2017.

Preço de medicamento: Pesquisa na internet dia 6.2.17. Disponível em: <http://www.saredrogarias.com.br/Sovaldi-400mg-28-comprimidos-Sofosbuvir>

SCHWAB, Klaus. *How can we embrace the opportunities of the Fourth Industrial Revolution?* Disponível em: <https://www.weforum.org/agenda/2016/01/how-can-we-embrace-the-opportunities-of-the-fourth-industrial-revolution/> acesso em 20 Fev.2017.

TORRICO, Ricardo. *Uso do gás CFC*. Revista Superinteressante: <http://super.abril.com.br/ideias/uso-do-gas-cfc/> acesso em 20 Fev.2017.

VÍDEO NO YOUTUBE: Gro Harlem Brundtland – Desenvolvimento sustentável: como tudo começou. *Canal Fronteiras do pensamento*. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=B18iAYuNiCw> acesso em 20 Fev.2017.

VÍDEO NO YOUTUBE. *Third Industrial Revolution Animation*, Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=ES0o8TpF8uU> acesso em 20 Fev. 2017.



### **Úrsula Gonçalves Theodoro de Faria Souza**

Mestranda do Programa de pós-graduação em Direitos Humanos e Desenvolvimento da Justiça - DHJUS/Unir/Emeron. Especialização em Direito Material e Processual Civil pela UFSC. MBA em Poder Judiciário pela FGV. Graduação em Ciências Jurídicas pela Faculdades Unidas Católicas de Mato Grosso. Atuou como Defensora Pública no Mato Grosso do Sul e desde 1995 exerce a magistratura no Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia. Formadora da ENFAM - Escola Nacional da Magistratura, com ênfase em Mediação e Conciliação. Tutora em EaD. Ministra cursos de Mediação e Conciliação, Gestão de unidade jurisdicional, Gestão de Pessoas e Vivências de Metodologias Ativas (CV-Lattes).



### **Ricardo Gilson da Costa Silva**

Pós-Doutor em Ciencias Humanas y Sociales pela Universidad de Buenos Aires - UBA. Doutor em Geografia Humana pela Universidade de São Paulo - USP. Professor do Departamento de Geografia - DGEO do Programa de Pós-Graduação em Geografia (PPGG) e do Programa de Pós-graduação Mestrado Profissional Interdisciplinar em Direitos Humanos e Desenvolvimento da Justiça DHJUS/Unir/Emeron. Coordenador do Laboratório de Gestão do Território - Laget/Unir e do Grupo de Pesquisa em Gestão do Território e Geografia Agrária da Amazônia - GTGA/Unir. Desenvolve pesquisas nas áreas temáticas: Gestão e Dinâmica Territorial; Globalização e Políticas Públicas Territoriais; Geografia Agrária, Direitos Humanos e Direitos Territoriais; Geografia Regional (Amazônia e Rondônia); Geografia e Extensão Universitária; Geografia e Educação do Campo. Página de Pesquisa: <http://www.gtga.unir.br/> (CV-Lattes).

## O QUE BUSCAM NA JUSTIÇA OS QUE SE RECONHECEM COMO AFETADOS PELAS USINAS HIDRELÉTRICAS IMPLANTADAS NO RIO MADEIRA?

Úrsula Gonçalves Theodoro de Faria Souza  
Ricardo Gilson da Costa Silva

### RESUMO

Este artigo tem por objetivo demonstrar os impactos ocorridos a partir da implantação das usinas hidrelétricas no Rio Madeira, os quais, aparentemente, não foram equacionados no projeto inicial. O objeto de estudo sistematiza os argumentos apresentados pelas partes que se reconhecem como afetadas pelos impactos das usinas hidrelétricas Santo Antônio e Jirau, no Rio Madeira, nos processos judicializados nas varas cíveis da Capital. A metodologia utilizada é bibliográfica e documental. Buscou-se sintetizar e aglutinar as demandas segundo sua cronologia e relevância, e, ao final, fazer uma análise crítica da judicialização individual das demandas, suas dificuldades e eventuais consequências.

**Palavras-chave:** Usinas Rio Madeira. Impactos. Judicialização.

### ABSTRACT

This article aims to demonstrate the impact with the implementation of hydroelectric plants on the Madeira River, which apparently were not included in the basic project. The study means to note the arguments made by people who declared been affected by the impacts of hydroelectric plants Santo Antônio and Jirau on the Madeira River, in the State Justice, based on bibliographical and documental analysis. It sought to synthesize and agglutinate the demands according to their

chronology and relevance, and, at the end, make a critical analysis of the individual judicialization of the demands, their difficulties and possible consequences.

**Keywords:** Madeira River plants. Impacts. Judicial Proceedings.

## 1. Introdução

As usinas hidrelétricas implantadas no Rio Madeira, denominadas Santo Antônio e Jirau, foram estimuladas pelos setores públicos e privados, como uma onda desenvolvimentista para a região amazônica, com o fim de prover autonomia hidrelétrica para a nação e possibilitar novos insumos regionais e locais. E, futuramente, possibilitar a interligação com a infraestrutura da América do Sul.

Contudo, apesar dos impactos já mensurados no projeto, o grande número de processos judicializados demonstram que não ocorreu a análise apropriada de dimensão sistêmica. Muito embora Rondônia seja um estado pouco populoso, possui uma população tradicional e originária a que deve ser preservado o modo de vida.

As implicações ambientais, em princípio, também não foram devidamente experimentadas e mitigadas, causando insegurança e incerteza para aqueles que dependem, exclusivamente, do Rio Madeira, para transporte, sobrevivência, meio social e cultural a que se reconhece vinculado.

Este artigo analisa uma dimensão maior na implantação das usinas hidrelétricas, a partir dos relatos nos processos individuais judicializados, por meio de pesquisa bibliográfica e documental, para se chegar aos impactos não dimensionados nesta implantação e os desafios processuais enfrentados para análise dos temas.

## 2. O Rio Madeira como parte da iniciativa para a integração da infraestrutura da América Do Sul

O Governo Federal, por meio do Programa de Aceleração do Crescimento – PAC, estimulou a implantação de projetos de

infraestrutura, no período de 2007 a 2014, com a finalidade de promover o crescimento da economia, criado por meio do Decreto n. 6.025, de 27 de janeiro de 2007<sup>1</sup>, e dentre as medidas, a implantação de diversas usinas hidrelétricas para ampliação da geração de energia, inclusive duas usinas Hidrelétricas no Rio Madeira, em Rondônia.

Estes projetos de infraestrutura estariam incluídos no Plano de Ação Estratégico para o período 2012-2022<sup>2</sup> formulado a partir da declaração dos Presidentes Sul-Americanos ocorrida na Sexta Reunião Ordinária do Conselho de Chefas e Chefes de Estado e Governo da UNASUR<sup>3</sup>.

Conforme divulgado<sup>4</sup>, estes empreendimentos estariam dentro do planejamento macro de se implantar uma integração regional entre os países sul-americanos, conhecido como Eixo Orinoco-Amazonas-Plata.

Este seria um dentre os eixos de integração que fora proposto como parte da “Iniciativa para a Integração da Infra-estrutura da América do Sul” (IIRSA), iniciado em 2000, durante a Cúpula Presidencial Sul-Americana, em Brasília.

O objetivo do IIRSA, como projeto multi-setorial, é desenvolver e integrar o transporte, a energia e a infra-estrutura de telecomunicações dos 12 países sul-americanos, criando áreas estratégicas em regiões interioranas com baixo índice populacional, mas que se constituem em importantes reservas de matéria prima e biodiversidade.

No eixo Peru-Brasil-Bolívia se encontram previstas, ainda, a implantação de mais duas usinas hidrelétricas, uma binacional nos limites Brasil-Bolívia e uma em *Cachuela Esperanza*, na Bolívia.

Ressalta que, para a implantação de hidrovia entre estas usinas, será necessário transpor saltos e cachoeiras presentes no Rio Madeira, localizadas próximo à Usina Jirau, para possibilitar a interligação portuária e energética, além do escoamento da produção graneleira

1 Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/servicos/faq/pac-programa-de-aceleração-do-crescimento/visão-geral/o-que-e-o-pac>. Acesso em: 11 set. 2017

2 Disponível em: [http://www.iirsa.org/admin\\_iirsa\\_web/Uploads/Documents/rc\\_brasilia11\\_1\\_pae.pdf](http://www.iirsa.org/admin_iirsa_web/Uploads/Documents/rc_brasilia11_1_pae.pdf). Acesso em: 11 set. 2017

3 Disponível em: [http://www.iirsa.org/admin\\_iirsa\\_web/Uploads/Documents/rc\\_brasilia11\\_acuerdo1\\_pae.pdf](http://www.iirsa.org/admin_iirsa_web/Uploads/Documents/rc_brasilia11_acuerdo1_pae.pdf). Acesso em: 11 set. 2017

4 Disponível em: <http://www.iirsa.org/Page/Detail?menuitemId=122>. Acesso em: 11 set. 2017

e eventualmente minério, contudo tal situação hipotética somente seria possível com a construção de eclusas e novas barragens. Não é objeto deste estudo os impactos com esta nova dimensão do projeto, mesmo porque há grande receio, noticiado pela Bolívia, de que estes projetos possam alagar grande parte de seu território, constituído de planície.

No relatório que atualiza os antecedentes de ordem social, econômica, ambiental e de infraestrutura de integração do eixo Peru-Brasil-Bolívia<sup>5</sup>, para o período 2015-2016, fora descrito as ameaças naturais (tremores, tsunamis, inundações e deslizamentos).

Relatam que o território do eixo pertencente à cordilheira dos Andes se expõe a ameaças geodinâmicas (movimentos sísmicos e vulcânicos) e a planície amazônica a meteorologia e hidrologia, fruto das precipitações pluviométricas que provocam inundações e alagamentos, principalmente na Bacia do Rio Madeira e seus afluentes.

Reporta, ainda, ao risco de deslizamento que afetaria a todo o eixo, mormente na concorrência de grandes diferenças de declive e chuvas torrenciais, associadas a fatores como intervenções nas bacias hidrográficas mediante povoamentos não planejados, alterações do terreno por exploração aurífera e de minério de pequena e média escala e obras de infraestrutura em cidades e desflorestamento.

### **3. Impactos sociais e econômicos nos Distritos e na Capital**

O projeto de construção das duas usinas, no mesmo período, na mesma região, por suas proporções, sempre causam e causarão efeitos sistêmicos, contudo, somente para efeito de organizar melhor a exposição, dividir-se-á os impactos sociais e econômicos mais relevantes daqueles ambientais e de comunidade tradicional.

Iniciados os trabalhos para implantação das duas usinas hidrelétricas no município de Porto Velho (RO), desde os trabalhos preliminares fora perceptível a efervescência e dinamicidade na população da Capital e dos distritos, fruto muito da perspectiva de modernização, melhoria na qualidade de vida e economia da

<sup>5</sup> Disponível em: [http://www.iirsa.org/admin\\_iirsa\\_web/Uploads/Documents/Caracterização%3B3n\\_EjePBB\\_Final.pdf](http://www.iirsa.org/admin_iirsa_web/Uploads/Documents/Caracterização%3B3n_EjePBB_Final.pdf). Acesso em: 11 set. 2017

população local.

Contudo, como se verá ao final, esta projeção de melhoria não ocorrerá como o esperado, ainda mais com a alagação de 2014 que afetou o ímpeto da população atingida e dos que lhes circundam.

### **3.1 Inchaço populacional e migratório durante a construção**

Durante a construção das usinas hidrelétricas houve intensa migração para a cidade de Porto Velho e o Distrito de Jacy-Paraná, principalmente de trabalhadores das empresas de construção civil e das indústrias criadas e migradas para fornecimento da matéria-prima e peças necessárias à implantação das usinas, provocando uma valorização mobiliária e déficit habitacional durante todo o período.

Oportunizou-se a qualificação de mão-de-obra local para ser empregada nas usinas, contudo o contingente não fora suficiente para a demanda, tendo sido estimulado pelas empresas envolvidas na construção, a migração de trabalhadores de outros Estados da federação.

Bem patente e noticiado na mídia local e nacional os efeitos de ausência de infraestrutura para acolher esta migração, como transporte, habitação, postos de saúde e hospitais, estes últimos, inclusive, foram objeto de inclusão no projeto de minoração dos impactos das usinas hidrelétricas.

Como reflexo do grande número de trabalhadores do sexo masculino ocorrerá o aumento na prostituição, principalmente no distrito de Jacy-Paraná, bem como a ausência de espaços de lazer e diversão desta população migratória, e o distanciamento e isolamento de seus núcleos familiares originários.

Os pontos de tensão não resolvidos ocasionaram grandes demandas trabalhistas nas empresas envolvidas com a construção das duas barragens, bem como o desencadeamento de greve, incêndio e depredação das instalações dos funcionários na construção de Jirau.

### **3.2 Desapropriação das áreas das pessoas afetadas para formação do lago das barragens**

Concomitantemente iniciaram os levantamentos e indenizações das pessoas diretamente atingidas pela barragem e formação do lago das duas usinas, cujos prazos exíguos determinaram a negociação particular e ajuizamento de desapropriações nas varas cíveis da capital, para a imissão na posse e limpeza das áreas alagáveis. Neste momento observou-se que foram indenizados proprietários e posseiros, tanto extrajudicial quanto judicialmente.

As desapropriações foram ajuizadas ante a discordância dos posseiros e proprietários com o valor indenizatório proposto pelas usinas, mormente quanto ao valor da terra nua e benfeitorias, procedendo as empresas com o depósito dos valores judicialmente, imitidos imediatamente na posse, mediante vistoria prévia, e prosseguia-se o processo com a defesa do afetado e realização da perícia para avaliação dos valores e itens que dariam base a esta indenização. Saliente-se que, mesmo sendo julgado em primeira instância, estes processos foram objeto de recurso ao Tribunal de Justiça de Rondônia.

### **3.3 Remanejamento da população ribeirinha e assentados e formação de reserva legal em condomínio**

A população afetada diretamente pela formação do lago, além da indenização, fora remanejada para outros locais.

Aqueles que possuíam lotes de terra, mediante projeto de reforma agrária anteriormente implantado, foram reassentados em outros projetos de reforma agrária, em lotes de cerca de 50 hectares, além de bolsa de custo indenizatória durante certo período para adaptação dos assentados ao novo local.

Na área de reassentamento de cada um dos atingidos fora construída uma residência de alvenaria, conforme descrição constante nas escrituras realizadas mediante acordo, no qual previa que o reassentado receberia tão somente cerca de 10 hectares, e os 40 hectares remanescentes se constituiria como reserva legal em condomínio.

Esta reserva legal em condomínio não fora constituída, ao que se sabe, até o momento, por não ter cumprido as questões ambientais pertinentes.

Ressalte-se que foram distribuídos um número substancial de demandas pleiteando o recebimento da reserva legal, uma vez que a questão já persiste, sem solução, há mais de 5 anos, e parte dos reassentados ainda discutem que a área que lhes fora entregue não possui a mesma característica da anterior, possuindo grande dificuldade de realizar atividade produtiva e de subsistência.

### **3.4 Excluídos do decreto desapropriatório**

Diversas pessoas pleiteiam a inclusão de suas áreas como afetadas pelos empreendimentos hidrelétricos, por não incluídos no interior do perímetro definido como impactados pelo decreto e licença ambiental.

Dentre aqueles que reconhecidamente foram afetados, alguns pleiteiam indenização complementar, argumentando que a área remanescente de sua propriedade não seria suficiente ou adequada para sua subsistência e implantação de modelo economicamente viável.

Alguns reclamam sua inclusão e indenização uma vez que foram desapropriadas as áreas vizinhas, ficando isolado em sua área, sem a sua rede de conhecidos e amigos que proporcionava a divisão de recursos e auxílio mútuo, o que provoca maiores custos pelo aumento da distância para acesso ao transporte público e escoamento de sua produção, além da diminuição da rede escolar para seus filhos, pela alagação de vias de acesso e redução do número de alunos das escolas rurais que antes os atendiam e foram fechadas.

### **3.5 Cemitérios familiares**

As empresas construtoras fizeram mapeamento dos cemitérios particulares existentes nas áreas alagadas e procederam à remoção dos restos mortais e sua inumação no cemitério Santo Antônio.

Ao realizar o novo sepultamento somente procederam à

identificação com cruzes brancas e uma placa de referência, as quais não foram zeladas e em pouco tempo, em razão do índice pluviométrico da região, caíram ao solo e deixaram de identificar o local de sepultamento.

Familiares que sempre visitam as lápides de seus antepassados se sentiram ultrajados com a falta de diferenciação, descuido, descaso e desapreço que reputam ter ocorrido com a representação de seus parentes.

### **3.6 Alagamento do Distrito de Mutum-Paraná**

O Distrito de Mutum, atingido diretamente pela barragem, foi totalmente alagado pela formação do lago da usina de Jirau, sendo necessária a evicção forçada de toda sua população.

O remanejamento da população residente para outra localidade foi realizado, tendo sido construída uma vila residencial e comercial denominada Nova Mutum, entregue às famílias identificadas na localidade de origem.

Ressalte-se que o levantamento não teria incluído alguns membros da comunidade, que ajuizaram sua demanda para ver reconhecido seu pleito.

Convém realizar novos estudos para análise da adequação e qualidade do remanejamento e a sensação de estranheza ou pertencimento dos moradores a esta nova conformação em sistema de conjunto habitacional que fora implantado naquela comunidade.

### **4. Identificação das comunidades tradicionais**

A Constituição da República, em seu artigo 216, consolidou como patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, das referências à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileiro, incluindo os modos de criar, fazer e viver.

O Estado Brasileiro receptionou, por meio do Decreto n.

5.051/2004, a Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre povos indígenas e tribais, aplicável a aquelas comunidades que possuem a consciência de identidade tribal (art. 1º), determinando, na aplicação da Convenção, o reconhecimento e proteção dos valores e práticas sociais, culturais, religiosos e espirituais, considerando a natureza, tanto coletiva como individual, dos problemas, além da adoção, com a participação e cooperação dos povos interessados, de medidas voltadas a aliviar as dificuldades que esses povos experimentam ao enfrentarem novas condições de vida e de trabalho (art. 5º). Os povos interessados deverão ter o direito de escolher suas, próprias prioridades no que diz respeito ao processo de desenvolvimento, na medida em que ele afete as suas vidas, crenças, instituições e bem-estar espiritual, bem como as terras que ocupam ou utilizam de alguma forma, e de controlar, na medida do possível, o seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural (art. 7º).

Ressalte-se que, no artigo 16 da Convenção, quanto ao território, estabelece que os povos interessados não deverão ser transladados das terras que ocupam, e, excepcionalmente, quando for considerado necessário, o translado e o reassentamento só poderia ser realizado com a conclusão de procedimentos adequados em que possam estar representados. Define, ainda, que esses povos deverão receber terras cuja qualidade e estatuto jurídico sejam pelo menos iguais aqueles das terras que ocupavam anteriormente e que permitam cobrir suas necessidades e garantir seu desenvolvimento futuro, possibilitando que, se preferirem receber indenização em dinheiro ou em bens, essa deve ser concedida com as garantias apropriadas, além de indenizadas plenamente as pessoas transladadas e reassentadas por qualquer perda ou dano que tenha sofrido como consequência do seu deslocamento.

O Decreto n. 6.040/2007, que instituiu a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais definiu, em seu artigo 3º que:

I - Povos e Comunidades Tradicionais: grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural,

social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição;

II - Territórios Tradicionais: os espaços necessários a reprodução cultural, social e econômica dos povos e comunidades tradicionais, sejam eles utilizados de forma permanente ou temporária, observado, no que diz respeito aos povos indígenas e quilombolas, respectivamente, o que dispõem os arts. 231 da Constituição e 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e demais regulamentações;

III - Desenvolvimento Sustentável: o uso equilibrado dos recursos naturais, voltado para a melhoria da qualidade de vida da presente geração, garantindo as mesmas possibilidades para as gerações futuras.

Cabe especificamente à Política Nacional o objetivo de garantir (art. 3º) aos povos e comunidades tradicionais seus territórios, e o acesso aos recursos naturais que tradicionalmente utilizam para sua reprodução física, cultural e econômica; bem como dos afetados direta ou indiretamente por projetos, obras e empreendimentos.

Contudo, apesar destas Diretrizes e Regulamentação Nacional e Internacional, aparentemente houve um subdimensionamento no cadastro das comunidades e pessoas atingidas, tampouco ocorreu o reconhecimento de que só existem e se consideram comunidade no vínculo intrínseco com o território em que se estabeleceram.

O relatório da Caracterização Socioeconômica e Ambiental do Eixo Peru-Brasil-Bolívia para 2015-2016 mapeou as comunidades originárias, mas de forma muito excipiente, demonstrando tão somente aquelas com áreas reconhecidamente tradicionais, ou seja, tão somente as reservas indígenas já delimitadas.

Outras tantas comunidades ribeirinhas se encontram implantadas às margens do Rio Madeira, a montante e a jusante das duas usinas hidrelétricas, notadamente, as comunidades conhecidas como: Cuniã, São Carlos, Nazaré, Calama, Belmont, Niteroi, Balsa, São Sebastião, Novo Engenho Velho, Vila Princesa, São Domingos, Vila Renascer, Cachoeira dos Macacos, Ilha da Jatuarana, Porto Seguro, Vila Paulo Leal, Maria Auxiliadora, Vila Teotônio, Amazonas, Morrinhos, entre outras.

## 5. Característica do Rio Madeira e conflitos pós-construção

Desde os estudos preliminares na implantação das usinas hidrelétricas, com a discussão sobre a recenticidade do Rio Madeira, com característica específica de transporte de sedimentos, ocorre embate científico quanto aos impactos esperados e que ocorrerão ao longo do tempo e se estes influenciam nos banzeiros, desbarrancamentos, no fenômeno “terrás caídas”, e nos alagamentos anuais da época das chuvas, entre os meses de novembro a março.

Os ribeirinhos relatam, a partir da construção das usinas, a perda da noção do nível do rio pela sazonalidade, uma vez que o nível do rio variaria, sem qualquer relação com a meteorologia, indicando eles que as usinas estariam retendo água ou esvaziando o lago formado com as barragens.

### 5.1 Proliferação de insetos e cobras à montante

Há uma grande queixa das comunidades e distritos próximos aos lagos formados pelos empreendimentos quanto ao aumento considerável de mosquitos e cobras.

O relato é de que as novas áreas alagadas, rasas, são local ideal para o desenvolvimento de mosquitos *Mansonia*, reclamação referenciada nos Distritos de Jaci-Paraná e Nova Mutum, reportando que seria impraticável a vida cotidiana com a convivência com tantos insetos, referindo a uma verdadeira nuvem de insetos que impossibilitaria a atividade fora de casa, o que determinou que procedessem ao envelopamento de suas residências com telas, demonstrando receio de serem acometidos por doenças associadas ao mosquito, como elefantíase.

Reportam, também, os trabalhadores rurais, que nas áreas limítrofes aos lagos houve grande aumento de cobras oriundo dos lagos que se movimentam nas propriedades, tornando mais perigosa a atividade rural.

### 5.2 Pescadores e sistema de transposição de peixes das barragens

A população ribeirinha, distritos e comunidades tem como base alimentar o peixe do Rio Madeira e seus afluentes. Eles relatam que houve redução considerável dos peixes pescados por eles durante e depois da construção das usinas, tanto a montante quanto a jusante das usinas hidrelétricas.

A questão é bastante complexa, pois implica verificar também se houve a redução ou extinção de determinado(s) espécime(s) de peixes que faz parte da biota, e poderia impactar na biodiversidade do rio, como um todo, verificando-se, também, se os sistemas de transposição dos peixes adotados pelas usinas seriam efetivas.

As duas usinas implantaram metodologia diversa para transposição das barragens pelos peixes.

A Usina Santo Antônio construirá um canal artificial que reproduziria o ambiente natural das corredeiras que antes se encontravam no local, em que o peixe seria guiado pela corredeira criada e transporia o canal.

Já a Usina Jirau utilizara outro sistema de transposição, modelo de captura e transporte. Um canal condutor levaria os peixes para um tanque (um escavado em rocha e outro de estrutura metálica) abaixo do nível da barragem, onde passariam por seleção manual e colocados em caixas específicas para transporte, levados vivos e soltos à montante da barragem.

### **5.3 Desbarrancamento e terras caídas**

Ainda estão discutindo os impactos geológicos no leito e no barranco do rio, uma vez que as ilhas que se formavam nas secas alteraram de local e a profundidade do rio aumentou bastante em locais específicos, principalmente naqueles em que há o impacto direto das turbinas e vertedouros das usinas, argumentando que ocorreu assoreamento em determinados locais em que tal não ocorria, desbarrancamento em proporção mais acentuada do que ocorria anteriormente, bem como a incidência maior de “terras caídas”.

O fenômeno denominado “terras caídas” é observado tanto no Rio Madeira como em outros rios amazonenses, e se refere à erosão fluvial vertical e marginal que “promove a ruptura, solapamento e

o desmanche das margens, fornecendo o material detritico que será transportado e depositado nas áreas de várzeas" (LABADESSA, 2014)<sup>6</sup>.

O monitoramento do leito do rio, com batimetria e análise de sedimentos chegara ao conhecimento a pouco mais de 4 meses, os quais estão sendo entregues por empresa terceirizada das usinas hidrelétricas diretamente ao IBAMA.

## 6. Conclusão

A autonomia energética nacional e o projeto de interligação por hidrovia do Rio Madeira, um dos maiores afluentes do Rio Amazonas, aos países sul-americanos são obras de infraestrutura de grande impacto e devem ser bem avaliados seus custos e riscos, para a devida equalização e minoração de seus efeitos, mormente quando se propõe a construção de duas usinas num rio novo, de sedimentos e ainda pouco estudado.

As consequências diretas percebidas pelas comunidades com a implantação das usinas hidrelétricas, ocasionou uma judicialização em grande escala na justiça estadual e federal da Capital, mormente quanto aos pedidos individuais.

A ausência de dados periódicos e anteriores aos projetos, quanto ao leito, batimetria e composição dos sedimentos do rio, além de um levantamento real quanto às comunidades, distritos e municípios existentes ao largo das barragens e do rio e suas características, indicam que, na urgência de aprovação e construção dos empreendimentos, não foram elaborados os estudos necessários para análise consistente dos impactos. Ressalte-se que há notícias de impactos judicializados na comarca de Humaitá (AM), distante 200 km de Porto Velho.

As comunidades tradicionais -indígenas, quilombolas e ribeirinhas- não foram consideradas como possuidoras de identidade específica, modo de vida plural e diferenciado a ser preservado, vinculado ao seu território, para que fosse implantado política de manutenção de seu sistema, modo de vida, e de sua concepção de interligação com a natureza ao redor, áreas comuns, territorialidade, modo extrativista,

<sup>6</sup> Disponível em: <http://revistas.ufpr.br/geociencias/article/view/24930/23406>. Acesso em: 11 set. 2017

de uma sociedade coletora, caçadora e de agricultura familiar – seu bem cultural como patrimônio.

Como as áreas foram identificadas em sua unidade, e não como um sistema, o qual se constitui a partir de sua interrelação com os demais, mas principalmente de sua identidade contrastiva, se vislumbra que diversas comunidades perderam este referencial, o que será objeto de estudo futuro.

Em diversos casos ocorreria indenização administrativa de um lote e o seu limítrofe, o seu parente ou amigo, não fora reconhecido como atingido, distanciando vizinhos, fechando escolas rurais pela diminuição do número de alunos, com acessos mais distantes e isolados para aqueles que lá permaneceram.

Relatos diversos ainda descrevem a perda da qualidade do lençol freático e da qualidade da terra para agricultura, já que o lago aumentou muito a umidade existente no solo, não permitindo que as plantas e árvores se desenvolvessem.

A região Amazônica, já conhecida pela sazonalidade das chuvas e sua abundância entre os meses de novembro a março, ainda sofrera com a alagação histórica de 2014, o que convergira para que os impactos já sentidos, fossem ainda mais ampliados, atingindo comunidades inteiras e por quilômetros, arrastando casas, plantações, criações de animais e benfeitorias realizadas por estas pessoas durante sua vida. Estes impactos, individualmente ajuizados nas varas cíveis da capital, em número substancial, com estratégias de proposição bem diversas de um escritório de advocacia para outro, em que se pede a indenização pelos danos materiais causados pelas usinas, dano moral pela aflição, e, eventualmente o dano existencial e remanejamento do local.

Como se trata de demandas extremamente complexas, já que se afere o grau de responsabilidade das usinas com estes impactos, estas ações demandam muito mais tempo para amadurecimento e coleta de provas, inclusive pericial-científica, causando perplexidade e descrédito das partes com relação ao judiciário.

Uma guerra judicial está sendo travada, em que as partes se digladiam, mas não com as mesmas armas e nem com o conhecimento integral das repercussões, já que uma ação que iniciara em 2011 a

2013 não teria previsto a alagação em 2014 e tampouco previsto o desbarrancamento ocorrido nas áreas urbanas, como no Bairro Triângulo, que fora afetado pela água que saíra do reservatório pelos vertedouros da usina Santo Antônio.

Como ação individual indenizatória, não aflorara na discussão processual a condição diferenciada de pertencente a uma comunidade ribeirinha, daquele indivíduo ou de sua unidade familiar, dificultando a identificação e o reconhecimento de membro de comunidade tradicional e de danos sistêmicos e gerais.

As ações coletivas ajuizadas pelo Ministério Público Estadual e Federal, as ações individuais, os diversos juízos, são elementos que dificultam definição de fluxograma processual e de temas repetitivos e a ausência de unidade judiciária especializada que reunisse estas demandas provoca mais embates, a divergência jurisprudencial e do trâmite processual, tornando os processos mais longos e acalorados. A crescente-se a pouca colaboração e transparência dos órgãos públicos responsáveis pelo monitoramento e fiscalização dos projetos, como IBAMA, CPRM, ANA, DNIT, etc, cujos dados armazenados em seus arquivos chegam ao conhecimento do Judiciário por via transversa, tendendo os processos cada vez mais, à polarização das partes, estratégias evasivas quanto aos impactos e estímulo à judicialização individualizada.

Observa-se a necessidade de se estabelecer indicadores históricos, sociais, econômicos, ambientais, culturais, populacional, etc, que possibilitem identificar pontos em comum nas comunidades ribeirinhas, mas também aqueles que as diferenciam das demais, para a correta avaliação dos impactos ocorridos com a implantação das usinas hidrelétricas nesta identidade tradicional.

Urge resposta equacionada do Poder Judiciário para corresponder a esta busca pelo reconhecimento da unidade dentro da comunidade e dos impactos sofridos pelas pessoas, numa perspectiva de Direitos Humanos, de preservação da diversidade das comunidades tradicionais e de seu vínculo à territorialidade.

## 7. Referências

CARPIO, Jorge Molina. *El megaproyecto hidroeléctrico y de navegación del río Madera. Geopolitica de los recursos naturales y acuerdos comerciales em sudamerica.* Edition: 1. FOBOMADE, p.101-111. Disponível em: < [http://philip.inpa.gov.br/publ\\_livres/Dossie/Mad/Outros%20documentos/J%20Molina%20el%20Megaproyecto.pdf](http://philip.inpa.gov.br/publ_livres/Dossie/Mad/Outros%20documentos/J%20Molina%20el%20Megaproyecto.pdf)>. Acesso em: 10 set. 2017.

CAVALCANTE, Maria Madalena de A.; NUNES, Dorisvalder Dias; SILVA, Ricardo Gilson da Costa; LOBATO, Luiz Cleyton Holanda Lobato. *Políticas Territoriais e Mobilidade Populacional na Amazônia: contribuições sobre a área de influência das Hidrelétricas no Rio Madeira (Rondônia/Brasil).* Confins, 11 | 2011. Disponível em: <<http://confins.revues.org/6924>>. Acesso em: 10 set. 2017.

FEARNSIDE, Philip M. *Hidrelétricas na Amazônia: impactos ambientais e sociais na tomada de decisões sobre grandes obras.* INPA. 2015. Vol. 1. Disponível em:< <http://fmclimaticas.org.br/wp-content/uploads/2015/07/Hidrel%C3%A9tricas-na-Amaz%C3%A9ria-Impactos-ambientais-Sociais..-V.1.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2017.

IIRSA. Consejo Suramericano de Infraestructura y Planeamiento de UNASUR. Disponível em: <<http://www.iirsa.org/Document/Detail?Id=4299>>. Acesso em: 10 set.

LABADESSA, Aparecido Silvério. *“Terras caídas”, as causas e implicações socioeconômicas: uma análise preliminar na comunidade de Calama - baixo Rio Madeira/RO.* Boletim Paranaense de Geociências. Curitiba: UFPR, 2014. vol. 71-1, p. 12-20. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/geociencias/article/view/24930/23406>>. Acesso em: 10 set. 2017

MAB. *As populações atingidas por barragens e as violações aos direitos humanos*. Secretaria Nacional. São Paulo: 2015.

PARIMBELL, Matías. *Caracterización socio-económica y ambiental del eje Peru-Brasil-Bolivia. Unasur/Cosiplan*. Disponível em: <[http://www.iirsa.org/admin\\_iirsa\\_web/Uploads/Documents/Caracterizaci%C3%B3n\\_EjePBB\\_Final.pdf](http://www.iirsa.org/admin_iirsa_web/Uploads/Documents/Caracterizaci%C3%B3n_EjePBB_Final.pdf)>. Acesso em: 10 set. 2017.

RAINEY, Steven J.; RAINY, Maura C. Araújo. *Perspectivas ribeirinha sobre os impactos da construção de usinas hidrelétricas no rio Madeira em Rondônia*. Revue franco-brésilienne de géographie, n. 29. 2016. Disponível em:<<https://confins.revues.org/11621>>. Acesso em: 10 set. 2017.

SILVA, Ricardo Gilson da Costa. Rondônia, espaço de grandes transformações. *Confins*, 29 | 2016. Disponível em: <<http://confins.revues.org/11538>>. Acesso em 10 set. 2017.

Tucci, Carlos E.M. Análise dos estudos ambientais e dos empreendimentos do rio Madeira. 2007. Relatório para: Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA), Brasília, 19 p. Disponível em: <[http://philip.inpa.gov.br/publ\\_livres/Dossie/Mad/Documentos%20Oficiais/Alí%20Sultan%20report/sultan\\_relatorio\\_tucci.pdf](http://philip.inpa.gov.br/publ_livres/Dossie/Mad/Documentos%20Oficiais/Alí%20Sultan%20report/sultan_relatorio_tucci.pdf)>. Acesso em: 10 set. 2017.



**Janete Maria Warta**

Especialista em História Regional pela Faculdade de Educação de Porto Velho. Graduada em Direito pela Rede Gonzaga de Ensino Superior e em História pela Universidade Federal de Rondônia - Unir. Advogada autônoma da Ordem dos Advogados do Brasil - Seção do Distrito Federal e professora do Governo do Estado de Rondônia. Tem experiência na área de Direito (CV-Lattes).



**Maria Madalena de Aguiar Cavalcante**

Doutora em Geografia pela Universidade Federal do Paraná. Mestre em Geografia pela Universidade Federal de Rondônia. Especialista em Gestão Ambiental. Coordena o Programa de Pós-Graduação em Geografia da Universidade Federal de Rondônia. Líder do Grupo de Pesquisa em Ordenamento do Território na Amazônia OT-Amazônia. Atua na linhas de Pesquisa: Dinâmicas Territoriais e Meio Ambiente com ênfase conflitos socioambientais, unidades de conservação e impactos ocasionados pela implantação de grandes obras de infraestrutura (hidrelétricas, rodovias e hidrovias) na organização do território na Amazônia, Crimes Ambientais. (CV-Lattes).

## **A LEGISLAÇÃO AMBIENTAL E A CRIMINALIZAÇÃO DA PESCA TRADICIONAL NA ÁREA DE INFLUÊNCIA DA USINA HIDRELÉTRICA DE SANTO ANTÔNIO DO RIO MADEIRA – RONDÔNIA/BRASIL**

**Janete Maria Warta  
Maria Madalena de Aguiar Cavalcante**

### **RESUMO**

A pesca na região Amazônica não representa apenas uma atividade econômica para as comunidades tradicionais, ela agrega peculiaridades de ordem sociocultural reconhecidas pelo ordenamento jurídico. No entanto, o aumento do consumo de energia elétrica, forjou empreendimentos de grande impacto ambiental na região. Em Rondônia, a usina hidrelétrica de Santo Antônio, instalada no Rio Madeira em 2012, causou diversas interferências no cenário ambiental e, consequentemente, no modo de vida das comunidades tradicionais denominadas ribeirinhas, em especial aquelas diretamente atingidas pelos reservatórios da barragem. Este trabalho tem por escopo a análise dos impactos da aplicação da legislação ambiental na área de influência da usina de Santo Antônio e seus desdobramentos sobre as comunidades ribeirinhas praticantes da pesca artesanal como fonte de subsistência. A pesquisa é baseada em análise bibliográfica do ordenamento jurídico referente ao meio ambiente, relatórios de compensação social que integram os projetos de licenciamento e autorização para a instalação da usina, além de dados coletados em órgãos oficiais e pesquisa de campo.

**Palavras-chave:** Hidrelétricas. Pesca. Comunidade tradicional. Justiça social.

## LA LEGISLACIÓN AMBIENTAL Y LA CRIMINALIZACIÓN DE LA PESCA TRADICIONAL EN EL ÁREA DE INFLUENCIA DE LA USINA HIDROELÉCTRICA DE SANTO ANTÔNIO DEL RÍO MADEIRA – RONDÔNIA/BRASIL.

### RESUMEN

La pesca en la región amazónica no sólo representa una actividad económica para las llamadas comunidades tradicionales, sino que también añade peculiaridades de orden jurídico sociocultural. Sin embargo, el aumento del consumo de energía eléctrica, forjaron emprendimientos de gran impacto ambiental en la región. En Rondônia, la usina hidroeléctrica de Santo Antônio instalada en el Río Madeira en 2012, causó diversas interferencias en el medio ambiente y consecuentemente en el modo de vida de las comunidades tradicionales denominadas ribereñas, en especial de aquellas directamente afectadas por los embalses de la represa. Este trabajo tiene por objeto analizar los impactos de la aplicación de la legislación ambiental en el área de influencia de la usina de Santo Antônio y sus desdoblamientos sobre las comunidades ribereñas practicantes de la pesca artesanal como fuente de subsistencia. La investigación se basa en el análisis bibliográfico del ordenamiento jurídico referente al medio ambiente, informes de compensación social que integran los proyectos de licenciamiento y autorización para la instalación de la usina, además de datos recolectados en órganos oficiales e investigación de campo.

**Palabras-clave:** Hidroeléctricas. La pesca. Comunidad tradicional. Justicia social.

## 1. Introdução

A região Amazônica tem sido palco de grandes projetos político-econômicos destinados a abastecer ou solucionar as demandas de ordem econômicas e sociais dos grandes centros das regiões sul e sudeste do país. Tais projetos, em sua maioria esmagadora, criam mais problemas do que viabilizam soluções para a região onde são instalados. Como exemplo, a questão ambiental, que além da exploração desordenada e consequente degradação do meio ambiente, ocasiona diversos conflitos de ordem social e cultural dos povos que habitam tradicionalmente a região amazônica.

Em 2007, mais um desses grandes projetos foi criado pelo governo federal, conhecido como PAC-Projeto de Aceleramento do Crescimento, que visava, entre outros objetivos, a recuperação e desenvolvimento da economia do país por meio de grandes obras de infraestrutura espalhadas por diversas regiões do Brasil.

O fomento na indústria de base gerado pela PAC ocasionou o aumento da demanda por energia elétrica, e a solução encontrada pelo governo foi a construção de hidrelétricas na região amazônica. Duas delas, as hidrelétricas de Jirau e de Santo Antônio, situadas no Rio Madeira no Estado de Rondônia, ambas na cidade de Porto Velho, capital do Estado.

Ocorre que, no espaço geográfico onde fora instalada a hidrelétrica de Santo Antônio, havia a cachoeira do Teotônio e no entorno desta habitava uma comunidade tradicional que tinha como modo de subsistência a pesca tradicional. Obviamente, em função das obras da usina essa comunidade foi desalojada e reinstalada em outro local, com o compromisso de que as compensações sociais impressas nos termos das licenças de autorização do IBAMA resguardariam os direitos da comunidade.

No entanto, medidas de ordem de interpretação dos princípios e normas jurídica, desvinculadas da realidade social, criminalizaram a pesca em um raio de 2km da jusante da usina, inviabilizando a subsistência da comunidade. Por outro lado, medidas de ordem de interpretação jurídica permitiram que fossem viabilizadas obras de

grande impacto ambiental na região amazônica.

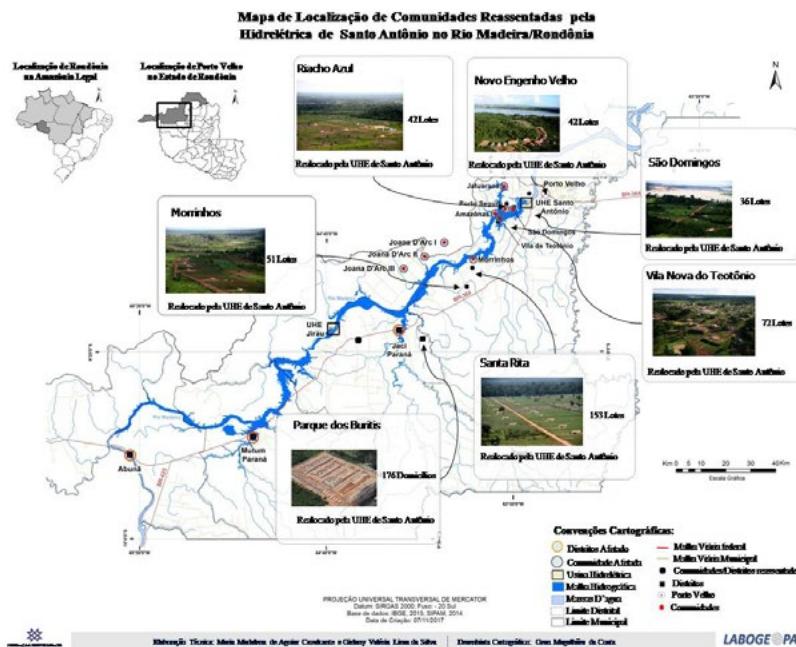
Neste artigo, partimos da análise de como a legislação ambiental vigente alterou o modo de subsistência da comunidade da cachoeira do Teotônio. Essa comunidade, anteriormente às obras da usina, tinha na pesca tradicional o seu sustento e seu modo de vida, e após a instalação da usina, a legislação ambiental aplicada de forma descontextualizada criminalizou a atividade que não oferecia ameaça ao meio ambiente. Por outro lado, a mesma legislação ambiental, viabilizou a instalação da usina hidrelétrica que entre outras questões é nociva ao meio ambiente.

O objetivo de fazer a leitura da aplicação da legislação em casos que destoam da realidade é de fomentar o debate sobre a justiça social, para que tanto a sociedade como os órgãos públicos responsáveis possam estar atentos que o desenvolvimento do país somente será possível, em todos os aspectos, se houver efetividade da justiça social que fundamenta uma nação soberana e democrática, proporcionando a todos, acesso à justiça e tratamento isonômico na aplicação e interpretação das leis.

## 2. Indicação da área de estudos

Este estudo abrange a área de influência direta da Usina Hidrelétrica de Santo Antônio, em cuja área estão reassentadas comunidades rurais afetada sem função da construção do reservatório. Para realocar todas as comunidades, foram criados 07(sete) reassentamentos, de acordo com as comunidades tradicionalmente existentes na área, sendo eles: Parque dos Buritis, Santa Rita, Teotônio, Morrinhos, Novo Engenho Velho, Riacho Azul e São Domingos, conforme a figura abaixo. (Figura 1).

Os dados apresentados no texto são amostrais coletados na comunidade do reassentamento da vila de Nova Teotônio, cuja população tinha como atividade principal a pesca realizada no Rio Madeira, de modo tradicional.

**Figura 1**-Localização das Comunidades reassentadas – UHE Stº Antônio

Elaboração Técnica: Maria Madalena de Aguiar Cavalcante e Gírlany Valéria Lima da Silva | Desenhista Cartográfico: Gean Magalhães da Costa

### 3. Desenvolvimento

#### A - O ordenamento jurídico pátrio e seus princípios norteadores

A Constituição Federal representa o pacto social firmado entre o povo e o Estado. Nela, estão consubstanciadas todas as permissões e restrições de observância obrigatória a todos. A finalidade do pacto social é a garantia da paz social e o bem estar comum, para tanto, é necessário mecanismos que garantam a esses fins.

Nesse sentido, apresentam-se os princípios constitucionais que irão reger todo o ordenamento jurídico pátrio, bem como, toda a estrutura dos poderes constituídos, Executivo, Legislativo e Judiciário, em todas as esferas do Estado-nação, se organizarão para garantir os desígnios do pacto social.

No direito ambiental os princípios norteadores basilares, segundo Toshio Mukai<sup>1</sup>, são os princípios do direito público e do direito administrativo na ordem geral, e como específicos os princípios da prevenção, do poluidor-pagador ou responsabilização, bem como, o princípio da cooperação.

Além desses acima elencados, o artigo 225 da Constituição Federal<sup>2</sup> traz em seu bojo o princípio do direito à sadias qualidade de vida, que constitui também um direito fundamental da pessoa humana direcionado ao desfrute de condições de vida adequada em um ambiente saudável, ou na dicção da lei, ecologicamente equilibrado.

O reconhecimento ao direito ao meio ambiente saudável configura-se na verdade, como extensão do direito à vida, quer seja sob o enfoque da própria existência física e saúde da pessoa humana, quer quanto ao aspecto da dignidade desta existência – a qualidade de vida – que faz com que valha a pena viver.

Nesse sentido, o direito ao meio ambiente saudável para as presentes e futuras gerações, nos termos que assegura a Constituição Federal em seu artigo 225, confronta com o desenvolvimento econômico, e mesmo que aparente um enorme desafio, há meios de compatibilizá-los através da ponderação de interesses, sem que necessariamente um tenha que ser preterido em relação ao outro.

Nesta perspectiva, a aplicação dos princípios constitucionais que garantem compatibilizar interesses de ordem econômica, de um lado, e ambiental de outro, é perfeitamente possível, segundo a lição de Toshio Mukai<sup>3</sup>:

A ponderação, no caso, deve permanecer no nível da adequação, da harmonização e da justa medida e dos sacrifícios dos interessados, sem aniquilar as atividades econômicas, de um lado, e sem causar prejuízos à defesa do meio ambiente, de outro. O fio condutor da “obrigação de ponderação” deverá ter, entre nós, esse parâmetro de decisão em face dos eventuais conflitos entre aqueles princípios.

1 Direito ambiental sistematizado/ Toshio Mukai. – 8.ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2012.

2 C.F/88, disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)

3 Direito ambiental sistematizado/ Toshio Mukai. – 8.ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2012.pag. 58

Nesse contexto há que se observar a atuação dos poderes constituídos, legislativo, executivo e o judiciário, guardiões da Carta Constitucional, a fim de equilibrar a ponderação dos princípios em conflito, com escopo de efetivar a justiça social.

## **B. A legislação ambiental brasileira no contexto das grandes obras de infraestrutura**

Criado pelo Governo Federal em 2007, o Programa de Aceleração do Crescimento – PAC tinha por objetivo promover a retomada do planejamento e execução de grandes obras de infraestrutura social, urbana, logística e energética do país, com objetivo de contribuir para o desenvolvimento acelerado e sustentável do Brasil.

Na região Amazônica, especificamente no Estado de Rondônia, o PAC contemplou a construção do complexo hidroelétrico do Rio Madeira, que são as usinas hidrelétricas de Jirau e Santo Antônio, localizadas no Município de Porto Velho, capital do Estado.

O IBAMA – Instituto Brasileiro de Meio Ambiente, concedeu em julho de 2007 licença prévia nº 251/2007<sup>4</sup>, para as duas usinas hidrelétricas do Rio Madeira, com capacidade de gerar cerca de 6,5 mil megawatts.

Em nota, o órgão ambiental informou que a licença foi resultado de um exaustivo processo de análise, e que a concessão fora decidida após o IBAMA avaliar que os empreendimentos seriam viáveis do ponto de vista ambiental, desde que o consórcio Santo Antônio Energia S.A., responsável pela execução das hidrelétricas, cumprissem com as 33 condicionantes estabelecidas pelo IBAMA.

Dentre as condicionantes destacamos as que se reportam diretamente às comunidades atingidas pela realização das obras. São elas:

- 2.24. Apresentar medida mitigadora às famílias não-proprietárias na área de influência direta dos empreendimentos, que venham a ter as atividades econômicas afetadas.

---

<sup>4</sup> Licença prévia nº 251/2007, disponível em:<http://www.ibama.gov.br>

2.25. Considerar, no programa de compensação social, medidas de apoio aos assentamentos de reforma agrária, agricultores familiares e comunidades ribeirinhas na área de influencia do empreendimento, visando o desenvolvimento de atividades ambientalmente sustentáveis.

Os programas e projetos destinados a atender as condicionantes presentes na referida licença, por vezes, não contemplam ações eficazes com resultados satisfatórios para as comunidades atingidas. Não obstante, são diversas as ações civis públicas impetradas no Ministério Público pelas associações representantes de grupos sociais organizados.

### **C. Alegislação ambiental e a pesca tradicional nas comunidades estudadas**

Consubstanciada na Constituição Federal a justiça social permeia as ações do poder público e reflete nas políticas sociais. Nesse sentido, em 2007 o governo federal criou o Decreto nº 6040<sup>5</sup>, que instituiu a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais. O referido decreto conceituou e objetivou pontos de referencia a fim de nortear as politicas públicas no âmbito nacional.

Em seu artigo 3º, o referido decreto conceitua povos e comunidades tradicionais, bem como, define território tradicional, vejamos:

Art. 3º Para os fins deste Decreto e do seu Anexo comprehende-se por:

I - Povos e Comunidades Tradicionais: grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição;

<sup>5</sup> Decreto 6040/2007, disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2007/decreto/d6040.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6040.htm)

II - Territórios Tradicionais: os espaços necessários a reprodução cultural, social e econômica dos povos e comunidades tradicionais, sejam eles utilizados de forma permanente ou temporária, observado, no que diz respeito aos povos indígenas e quilombolas, respectivamente, o que dispõem os arts. 231 da Constituição e 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e demais regulamentações;

No anexo do decreto acima, em seu artigo 3º, os objetivos específicos pontua, nos incisos I e IV, as garantias pertinentes aos povos e comunidades tradicionais, quanto aos seus territórios e quanto aos impactos sofridos pelos grandes empreendimentos que os atinjam de forma direta ou indireta.

Art. 3º São objetivos específicos da PNPCT:

I - garantir aos povos e comunidades tradicionais seus territórios, e o acesso aos recursos naturais que tradicionalmente utilizam para sua reprodução física, cultural e econômica;

IV - garantir os direitos dos povos e das comunidades tradicionais afetados direta ou indiretamente por projetos, obras e empreendimentos;

Depreende-se, da simples leitura do texto legal, que o poder público dispõe dos mecanismos legais para garantir o equilíbrio entre os interesses econômicos e socioambientais em empreendimentos que afetam diretamente o meio ambiente e as comunidades tradicionais que subsistem dos recursos naturais de determinadas áreas.

A exploração pesqueira na Amazônia é regida por várias Leis, Decretos, Portarias, Licenças entre outras normas, que no conjunto tem por objetivo a defesa do meio ambiente e a utilização dos recursos naturais de maneira sustentável.

Para efeito dessas normas, a pesca é considerada como toda atividade de captura de peixes ou quaisquer outros organismos animais ou vegetais que tenham na água o seu meio normal ou mais frequente de vida e que seja ou não submetido a aproveitamento econômico. A denominada pesca de subsistência é desenvolvida por pescadores ribeirinhos e destinada à sua alimentação e de seus

familiares. Quando bem-sucedida, parte da produção pode ser vendida a intermediários ou em feiras livres de localidades próximas.

Apesar da clareza e amplitude dessas normas, muitas vezes elas são desconhecidas ou incompreendidas. Mais grave ainda, são os conflitos que, ocasionalmente, ocorrem em função do choque de interesses no próprio âmbito da pesca ou desta com outras atividades paralelas ou concorrentes.

O IBAMA por meio da Portaria nº 08 de 02 de fevereiro de 1996<sup>6</sup>, estabeleceu normas gerais para o exercício da pesca na bacia hidrográfica do Rio Amazonas, em seu Art. 4º determinou a proibição da pesca profissional e amadora em determinados locais, bem como, flexibilizou aos órgãos competentes locais, o limite em relação a montante e a jusante de barragens, vejamos:

Art. 4º Proibir a pesca profissional e amadora nos seguintes locais:  
I) a menos de 200m (duzentos metros) a montante e a jusante de cachoeiras e corredeiras;  
II) a menos de 200m (duzentos metros) da confluência de fios; e  
III) a montante e a jusante de barragens, a critério das Superintendências Estaduais do IBAMA.

Com a construção da hidrelétrica de Santo Antônio e a modificação da paisagem natural da região da cachoeira de Santo Antônio emerge também a alteração do limite proibitivo da atividade pesqueira, que, antes abrangia 200 metros e, com a portaria do órgão local (SEDAM) esse limite passa a ser 2.000 metros. Tal alteração significa, na prática, a criminalização da prática da atividade pesqueira sobretudo para as comunidades tradicionais que tinham a atividade pesqueira como fonte de renda e como segurança alimentar.

## D. Resultados e análises

A análise de dados coletados em campo à luz do que estabelece o ordenamento jurídico brasileiro no âmbito ambiental, bem como

<sup>6</sup> Portaria 08/1.996, disponível em: <http://www.ibama.gov.br>

a literatura acadêmica e os documentos relativos aos processos de realocação das populações tradicionais atingidas pela construção das usinas hidrelétricas, com especial destaque para a usina de Santo Antônio, aponta mudanças significativas na prática da pesca como atividade econômica principal e secundária das famílias reassentadas da antiga vila de Teotônio para a nova Vila Teotônio.

A tabela abaixo apresenta dados acerca da quantidade de habitantes da vila em dois momentos distintos, antes e depois da construção da Usina de Santo Antônio. É possível observar a drástica diminuição da prática da pesca como principal atividade da comunidade. Isto ocorre porque, segundo os moradores do reassentamento (nova Teotônio), a quantidade de peixes no rio diminuiu ou simplesmente não conseguem pescar mais.

**Dados Comparativos – vila de Teotônio (antiga) x Vila Nova Teotônio**

Características da Comunidade	Vila de Teotônio – Antiga	Vila Nova Teotônio -2013 -2015
Quantidade de habitantes	72	72
Famílias cuja pesca é/era a principal atividade	16	01
Famílias cuja pesca é/era atividade secundária ou complementar	06	02

**Fonte:** Banco de dados Labogeopa, 2015

Em levantamento realizado junto ao BPA/PM/RO, obtivemos dados referentes às ocorrências ambientais do ano de 2017, e destacamos neste artigo aquelas relacionadas diretamente às atividades pesqueiras, conforme se observa nos gráficos abaixo:

**Figura 2 - Gráfico das ocorrências Ambientais por Município.**



Fonte: BPA/PM/RO.

Dos dados apresentados, depreende-se que o município de Porto Velho é onde mais se registram ocorrências de crimes ambientais, pelo batalhão de Polícia Ambiental, que é também responsável por outros municípios. Podemos inferir que o grande volume desse tipo de ocorrências no município de Porto Velho, deve-se, entre outros fatores, ao fato de que a implantação do complexo hidrelétrico no Rio Madeira ocasionou a criação de dispositivos legais específicos para coibir a pesca em áreas próximas a usina, as quais eram locais tradicionais da pesca, por parte da comunidade e que agora passa a ser áreas proibidas para esta atividade.

O gráfico abaixo expressa o reflexo a aplicação da legislação ambiental para coibir a pesca nessa área.

Figura 3 - Gráfico das Ocorrências ambientais, por tipo.



Fonte: dados do BPA/RO, 2017

Na área de influência direta das usinas do Rio Madeira foram registrados 34% das ocorrências relacionadas à pesca, e, se olharmos as ocorrências, por tipo, veremos que a pesca ilegal e a pesca em local proibido ultrapassam os 50% da quantidade de ocorrências registradas no município de Porto Velho, pelo Batalhão da Polícia Ambiental, denotando os efeitos da proibição.

#### 4. Conclusões

A legislação ambiental brasileira tem evoluído no sentido de ampliar e viabilizar o desenvolvimento sustentável. Porém, os órgãos

públicos responsáveis pela aplicação da norma, por vezes, tem escorregado na interpretação dos princípios constitucionais e por consequência distanciando-se da aplicação da justiça social.

Todavia, é imperioso esclarecer que a interferência das ações do homem no meio ambiente, traz consequências negativas de menor ou maior impacto ao meio ambiente. Quando se trata de desenvolvimento econômico temos como consequência a ideia de que o meio ambiente será sacrificado.

No entanto, é preciso considerar que tanto o desenvolvimento econômico quanto a proteção ao meio ambiente são indispensáveis para todos, e ambos, aparentemente contraditórios entre si, guardam relação e é possível compatibilizá-los através de uma política séria de desenvolvimento sustentável.

No caso em comento, é explícito que a legislação ambiental permitiu a utilização dos recursos hídricos do Rio Madeira para a implantação de uma hidrelétrica, com impactos significativos ao meio ambiente. E a mesma legislação criminalizou a pesca de uma comunidade tradicional, que ficou proibida de utilizar os recursos naturais do mesmo rio e na mesma localidade.

A partir da análise da legislação ambiental vigente, no que diz respeito aos direitos e garantias das comunidades tradicionais localizadas na rota de instalação de grandes obras de infraestrutura de cunho econômico e que afetam diretamente o meio ambiente, evidencia-se a fragilidade da atuação dos órgãos públicos responsáveis pela defesa e garantia dos direitos sociais dos mais abastados.

Nesse sentido, lançamos a reflexão acerca do quem tem prevalecido em relação a utilização dos recursos hídricos para exploração econômica na região afetada pela instalação da hidrelétrica de Santo Antônio no Rio Madeira. De um lado a comunidade do Teotônio diretamente atingida, realocada e com sua atividade de subsistência criminalizada. De outro a referida usina que está em pleno funcionamento produzindo energia para abastecer a demanda de outras regiões do país.

Portanto, para que a justiça social seja efetivada através da aplicação da legislação conectada com a realidade é necessária a

disposição dos membros do poder público constituído, levar em consideração a finalidade da justiça, e o papel dos órgãos responsáveis e garantidores dos fundamentos do pacto social consubstanciado na Constituição Federal.

Desse modo, recomenda-se aos poderes constituídos que as ações, sejam elas legislativas, fiscalizatórias ou julgadoras, levem em consideração que na utilização dos recursos hídricos, seja proporcionalmente equilibrada a aplicação das normas, a fim de garantir aos interesses e direitos das comunidades locais diretamente atingidas. Uma vez que se demonstrou a prevalência de interesses da Usina hidrelétrica, que, por fim, tende a levar os maiores benefícios da exploração dos recursos hídricos para atender demandas externas ao território onde está localizada.

## 5. Referências

ANTAS JR, Ricardo Mendes. *Território e Regulação: espaço geográfico, fonte material e não-formal do direito*. In: Associação editorial humanista. Ed. FAPESP. São Paulo, 2005.

CAVALCANTE, Maria Madalena de Aguiar. *Transformações Territoriais no Alto rio Madeira: Hidrelétricas, Tecnificação e (re) organização*. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Rondônia – UNIR. Programa de Pós-Graduação em Geografia - PPGG. Porto Velho, 2008.

CAVALCANTE, Maria Madalena de Aguiar. *Hidrelétricas do Rio Madeira-RO: território, tecnificação e meio ambiente*. Tese (doutorado) – Universidade Federal do Paraná – UFPR. Programa de Pós-Graduação em Geografia – PPGG. – Curitiba, 2012.

CAVALCANTE, Maria Madalena de Aguiar. *Hidrelétricas na Amazônia e Impactos Ambientais: avanços e perspectivas na gestão ambiental*. In: Gestão Ambiental: desafios e possibilidades/organização Maria Madalena de Aguiar Cavalcante.2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. ALEIXO, DélcioBalestro. FILHO, José Emmanuel Burle. *DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO*. 38<sup>a</sup> ed. Atual. São Paulo. Malheiros Editores, 2012.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, *Do Espírito das leis*. Edição especial. São Paulo. Martin Claret, 2014.

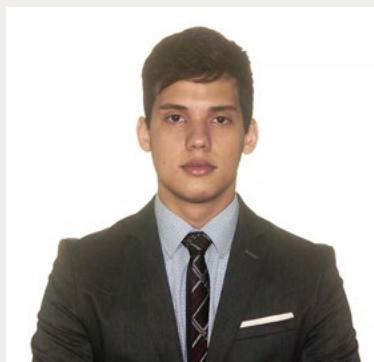
MUKAI, Toshio. *Direito Ambiental Sistematizado*. 8<sup>a</sup> ed. Ver., atual. eampl. Rio de Janeiro. Forense, 2012.

SILVA, José Afonso da. *CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL POSITIVO*. 33<sup>a</sup> ed. rev. e atual. São Paulo. Malheiros Editores, 2010.



**Johnny Gustavo Clemes**

Doutorando em Ciência Política pela UFRGS. Mestre em Poder Judiciário pela FGV - Direito/Rio. Especialista em Direito Penal pela UFMG. Graduado em Direito pela Universidade São Francisco. Juiz de direito do Poder Judiciário do Estado de Rondônia, atuando nos Juizados Especiais da Fazenda Pública de Porto Velho. Exerceu diversos cargos no Poder Judiciário como juiz auxiliar da Corregedoria, Coordenador da Operação Justiça Rápida Itinerante na comarca de Porto Velho. Professor de graduação e pós graduação em diversas instituições no estado de Rondônia - Unir, Faro, Avec, Unesc, Católica de Rondônia e Uniron. Professor na Escola da Magistratura de Rondônia - Emeron. Tem experiência em diversas áreas do Direito, com ênfase em Juizados Especiais e Direito Eletrônico (CV-Lattes).



**Johnny Gustavo Clemes Júnior**

Graduando em Direito na Universidade Presbiteriana Mackenzie - São Paulo - SP.

## ONEROSIDADE NAS BANDEIRAS TARIFÁRIAS: UMA MEDIDA DE DESENVOLVIMENTO SOCIAL OU UMA CORREÇÃO ÀS FALHAS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA? UMA ANÁLISE SEGUNDO A TEORIA DE JUSTIÇA DE AMARTYA SEN

Johnny Gustavo Clemes Júnior  
Johnny Gustavo Clemes

### RESUMO

A pesquisa, cujo escopo era identificar se a onerosidade das bandeiras tarifárias constitui desenvolvimento ou se prostra mediante falhas da administração pública brasileira, realizou-se por meio de estudo de caso, com recurso teórico conduzido pelo processo dedutivo. Centrou-se a coleta na teoria de desenvolvimento como liberdade de Amartya Sen. No plano teórico, a conceituação da expressão desenvolvimento é extremamente rica, a tal ponto de se ultrapassar a noção de desenvolvimento na perspectiva de capital financeiro, elevando-se tal noção à expansão das liberdades humanas. Para o estudo de caso, por meio dos métodos de pesquisa, utilizou-se investigação da incidência das bandeiras tarifárias sob o Estado de Rondônia. O resultado constatou que a onerosidade nas bandeiras tarifárias, numa visão restrita, busca uma efetividade ilusória do desenvolvimento constitucional, a qual restou ser uma falha na gestão de geração e fornecimento de energia elétrica pela administração pública brasileira, que porquanto julga e age sob uma racionalidade exclusivamente remediatória, transferindo os problemas governamentais para os consumidores de energia.

**Palavras-chave:** Onerosidade. Bandeira tarifária. Desenvolvimento. Liberdade. Rondônia. Gestão. Energia elétrica.

## ABSTRACT

The research, whose scope was to identify whether the onerosity of tariffs constitutes development or prostrate through failures of the Brazilian public administration, was carried out through a case study with theoretical resource that was conducted by the deductive process. The collection of data was centered in the theory of development as freedom of Amartya Sen. On the theoretical level, the conceptualization of the term development is extremely rich, to the point of surpassing the notion of development in the perspective of financial capital, to the expansion of human freedoms. For the case study, through the research methods, we used an investigation of the incidence of tariff flags under the State of Rondônia. The result of the research found that the onerosity in the tax, in a restricted vision, seeks an illusory effectiveness of the constitutional development, which remained to be a failure in the management of generation and supply of electric energy by the Brazilian public administration, that since it judges and acts under an exclusively remedial rationality, transferring government problems to energy consumers.

**Keywords:** Onerosity. Tariff flag. Development. Freedom. Rondônia. Management. Electricity.

## 1. Introdução

Em tempos de vigência de um sistema político corruptivo e demasiadamente ineficaz na concretização dos deveres fins do Estado, assiste-se, a cada dia, o aumento da indignação e insatisfação dos cidadãos brasileiros e, a exemplo do que ocorre no sistema tributário, também no que tange à organização do sistema de preços públicos, visto que a onerosidade advinda dos valores, além de ter como causa problemas do sistema político, se prostra inadequada em meio a uma crise econômica que atinge a todos.

O fato é que tem se tornado mais claro que, sob a ótica social, a essência consolidada de tributação, qual seja a de expropriar o patrimônio particular para suprir as necessidades da coletividade, está sendo relativizada a ponto de se questionar se a dimensão onerosa dos sistemas arrecadatórios não seria, em verdade, um meio para preencher as falhas de um sistema de administração pública ineficaz. No sistema de preços públicos se tem percebido o mesmo.

Isso decorre, como aspecto geral, do estudo em tela, que o princípio majoritário de limite constitucional implícito de que não pode haver retrocesso constitucional estar-se-á sendo maculado, sobretudo admitindo-se a conceituação que realiza Amartya Sen (2000) sobre o que constituiria um desenvolvimento como liberdade.

## 2. Desenvolvimento

A norma tributária surge, fundamentalmente, contendo a ideia de uma ordem com a significação de captar parte dos recursos dos cidadãos para o Estado, sendo esta expropriação do patrimônio privado *condictio sine qua non* para o objetivo do Direito Tributário, que se traduz em dar subsídios para que o Estado provenha as necessidades de seu povo, atendendo ao bem-comum.

Nesse aspecto, o professor Paulo de Barros Carvalho (2006, pg. 11), conceituando o direito tributário expõe: “é o ramo didaticamente autônomo do direito, integrado pelo conjunto das proposições jurídico-normativas que correspondam, direta ou indiretamente, à instituição, arrecadação e fiscalização de tributos.”

O sistema de arrecadação no Brasil sempre manteve o foco na premissa de que é necessário cobrir despesas do funcionamento da máquina pública para satisfação das necessidades individuais e coletivas. A partir disso, houve respaldo para que prestações tributárias ou não seguissem uma rota de aumentos sucessivos sem que houvesse uma correspondente evolução dos benefícios públicos.

Analizando o caso das “bandeiras tarifárias” tem-se por objetivo questionar a atual ordem de coisas e sugerir que a premissa justificadora dos valores cobrados deva considerar também a

obrigação de eficiência da administração pública, o que se faz com um referencial teórico que reclama atenção para que a justiça social somente ocorrerá na medida em que houver um grau maior de liberdades para os indivíduos.

Conforme admite Amartya Sen (2000) deve existir um processo de desenvolvimento como liberdade, que pode admitir que haja condições impostas para se concretizar o bem-comum, enquanto necessário para haver liberdade. Assim, traçando uma analogia com o autor, pode-se inferir que a formação dos preços públicos (condição imposta) deve ser útil para o bem-comum, mas na medida em que não o é, diante de um sistema de administração falho, constituirá verdadeiro óbice à liberdade.

Eis a razão de questionarmos se o formato de cobrança implementado pelo governo federal tem uma justificativa coerente, considerando os princípios constitucionalmente estabelecidos para a ordem econômica e tributária.

Através da Resolução nº 547/2013,<sup>3</sup> a ANEEL inseriu no Brasil um mecanismo de composição do custo de fornecimento da energia elétrica em que são consideradas despesas extraordinárias em virtude de fatores naturais como, por exemplo, a falta de precipitação pluviométrica. Por ele a agência governamental sinaliza que o preço público fica em patamar normal com a bandeira verde sempre que não houver condições adversas. As bandeiras amarela e vermelha representam sucessivamente situações cada vez mais adversas justificando a cobrança de um adicional para as regiões que estiverem demandando maior custo de geração de energia, o que normalmente é representado pela implementação de usinas termoelétricas.

Rondônia tem histórico de uso dessas usinas termoelétricas porque não possuía produção suficiente por meios naturais e não tinha ligação por rede com outros pontos de produção elétrica brasileiros. Tudo isso até que, em cumprimento ao programa de aceleração do crescimento, o Governo Federal construiu no Estado duas grandes usinas hidrelétricas no Rio Madeira com a finalidade de fornecer energia elétrica para grandes centros de consumo no Brasil, razão pela qual também foram construídas grandes linhas de transmissão.

Tudo isso ocorreu num contexto em que o sul e o sudeste brasileiros viviam uma demanda crescente por energia elétrica especialmente por causa de investimentos nas grandes indústrias e o desequilíbrio ambiental causou alteração nos ciclos de chuvas, diminuindo a precipitação pluvial, o que levou reservatórios a atingirem níveis tão baixos que a produção de energia hidrelétrica tornou-se insuficiente, vez que teve de ser reduzida. Com o acionamento de usinas termelétricas o custo da energia elevou-se, gerando desequilíbrio financeiro ao ponto de ameaçar a saúde financeira das concessionárias e do próprio governo federal.

Nesse contexto, vem a justificativa do governo federal para transferir o custo para o consumidor da energia elétrica, conforme registrado no sítio eletrônico da ANEEL<sup>4</sup>: “Com as bandeiras, a conta de luz fica mais transparente e o consumidor tem a melhor informação para usar a energia elétrica de forma mais consciente.”

Em monografia apresentada na UFRN, Saulo Luiz Gomes da Silva (2016, pp. 22-23) interpreta que através das palavras acima os objetivos da ANEEL podem ser listados como:

- Melhorar a sincronização de preços e custos de energia, sinalizando aos consumidores quando há escassez na oferta de energia e, por consequência, maior risco futuro no seu fornecimento;
- Sensibilizar a sociedade e os consumidores sobre sua responsabilidade no uso racional de recursos naturais limitados e nos impactos, ambientais e econômicos, do uso não eficiente da energia;
- Melhorar a sincronização entre o balanço de pagamentos das distribuidoras com aquisição de energia e as tarifas cobradas dos consumidores, evitando que as empresas sofram impactos financeiros e tenham sua capacidade de investimento afetada.

Como visto, esse objetivo alinha-se com a premissa que registramos, inicialmente, neste trabalho, como fazendo parte de uma visão tradicional. Mas, estaria ela alinhada com referenciais mais atualizados para realização da justiça social?

Saulo Silva (DA SILVA, 2016), em seu trabalho, constatou que o aumento de custos estaria ligado ao problema hídrico e ao

mesmo tempo registra que, de acordo com a ANEEL, nosso sistema é composto por 65,55% de usinas hidrelétricas. Diante dessas informações, válido inferir que é necessário investir em outras fontes de produção de energia e não simplesmente de transferir o custo para os consumidores.

Considerando que a indústria é a maior consumidora de energia elétrica, sinalizar que ela deva economizar tem como possível consequência uma redução de suas atividades e com isso reflexo negativo para a economia nacional pela diminuição do PIB. No que diz respeito ao consumidor individual, isso implica tolher sua liberdade já que representa uma intervenção em seu comportamento que não necessariamente será de conscientização.

Aparentemente, o que se está fazendo é transferir o custo para os indivíduos sem trabalhar as causas e buscar evolução do sistema pela exploração de novas fontes energéticas. Esse caminho é perigoso porque não será possível aumentar sucessivamente o custo da energia elétrica, sendo imprescindível que uma solução garanta a desoneração dos consumidores e a evolução do setor de energia.

Paulo Affonso de Freitas Melro Neto (2015, p.7) tem a mesma conclusão ao escrever que<sup>5</sup>:

... o Estado vem sofrendo certa dificuldade para gerir os gastos com o custeio da geração de energia elétrica, e com a instituição das bandeiras tarifárias passou a responsabilizar o consumidor, indiretamente, pela má gestão administrativa na geração da energia elétrica, bem como pelas condições climáticas que interferem na geração da energia elétrica.

A transparência relatada pela ANEEL deveria estar na gestão do setor e não na formação da conta. É preciso que haja um mapa da gestão do sistema em que seja possível perceber que novas implementações são realizadas para reverter o quadro e de que elas não incluem medidas que oneram os consumidores e sim geram maior eficiência. Dessa forma, perpetua-se o vício que se assentou sobre o sistema tributário. Como não se pode exigir diretamente uma contrapartida para cada tributo pago, o gestor público fica acomodado e tem sua ineficiência protegida por um mecanismo

em que a arrecadação não depende de sua eficiência, bem como de que seus erros não estejam suscetíveis de repercussões por meio de impactos no sistema arrecadatório.

Assim, com o sistema tarifário passa a ocorrer o mesmo. O governante é incompetente na missão de manter o setor energético estável (em disponibilidade de energia e preços) e não se pode questionar sua postura de aumentar os preços sob o argumento de que teria o dever de modernizar o sistema, tornando-o mais barato. Na medida em que os preços sobem, as classes economicamente inferiores tem sua qualidade de vida imediatamente atingida, o que leva ao subdesenvolvimento. Não obstante, os investidores deixam de aplicar recursos no país, havendo prejuízo para novos postos de emprego, desenvolvimento de tecnologias e produtos, bem como diminuição da riqueza circulante.

Em resposta à indagação do Tribunal de Contas da União sobre eventual monitoração dos resultados da bandeira tarifária no comportamento do consumidor, a ANEEL relata que “não dispõe e não tem conhecimento de estudos dessa natureza”<sup>6</sup>.

Essa postura contraditória da administração governamental nos permite concluir que um novo referencial merece ser aplicado para refletir sobre a política de gestão da matriz energética brasileira e sua composição de preços. E nessa esteira de pensamento sugere-se o pensamento de Amartya Sen (2000).

Na obra “Desenvolvimento como Liberdade”, Amartya Sen (2000) traz à baila o enfoque direcionado à questão das liberdades reais dos indivíduos, em que o processo de desenvolvimento é entendido não apenas na perspectiva de crescimento econômico, mas na expansão de disposições sociais, como a saúde e a educação, e também, na expansão dos direitos civis, como a liberdade de participação em discussões públicas seria imprescindível às liberdades humanas.

Na questão que se apresenta de um desenvolvimento expandindo, tais liberdades acontecem exatamente quando esse desenvolvimento é instrumento eficaz para reduzir as principais fontes de privação de liberdade, como a pobreza, negligência do serviço público e destituição social, o que somente o desenvolvimento de expansão econômica não resolve.

Segundo Amartya Sen (2000), a liberdade é o aspecto central do desenvolvimento, por dois motivos: 1) um desenvolvimento bem avaliado é aquele que aumenta a liberdade das pessoas; 2) o desenvolvimento só se realiza com a livre condição de agente das pessoas.

Assim sendo, na obra são trazidos diversos exemplos que deixam clara a importância do processo de desenvolvimento ser ampliado e entendido como um processo integrado de expansão de liberdades substantivas que também são interligadas.

Isso não significa que Amartya Sen entenda que o desenvolvimento de liberdade econômica seja algo pernicioso, ao contrário, o desenvolvimento econômico para ele é muito importante para a expansão de liberdades, mas sozinho não é o suficiente, haja vista que, paradoxalmente, assim como a privação de liberdade econômica pode gerar privação de liberdade social, a privação de liberdade social ou política pode gerar a privação de diversas outras liberdades, incluindo a liberdade econômica.

Proseguindo no raciocínio de que a liberdade além de objetivo principal do desenvolvimento é, também, um dos instrumentos para consolidar o desenvolvimento. Assinala-se na obra a liberdade do tipo instrumental, ou seja, aquela que contribui para a liberdade humana em geral.

Na obra de Sen (2000), que é usada como marco teórico, cuida-se de cinco tipos de liberdade instrumental, quais sejam: 1) liberdades políticas, 2) facilidades econômicas, 3) oportunidades sociais, 4) garantias de transparência, 5) segurança protetora.

Com efeito, a mensagem trazida pela obra, introdutoriamente, é a de que as liberdades humanas clamam por oportunidades sociais adequadas, em que os indivíduos não são parte passiva e determinada pelo sistema a uma condição, mas detentores da faculdade de construir e moldar seu próprio destino.

A ideia central é a de que a expansão da liberdade humana é tanto o objetivo como o instrumento de progresso, de forma que a liberdade sempre deverá ser o ponto culminante do desenvolvimento e as pessoas devem estar na *condição de agentes* (2000, pg. 77) – sujeitos ativos e não passivos - no processo de afirmação de suas liberdades.

No ordenamento pátrio, por meio dos ditames constitucionais, como já mencionado, está consagrada a perspectiva de evolução, que engloba fortemente a questão tributária, porquanto ser um dos principais instrumentos de desenvolvimento e obriga a administração pública a prover as condições, para que ele se concretize.

Na perspectiva de Amartya Sen (2000), a liberdade – ponto culminante do desenvolvimento - significa tornar a vida dos indivíduos mais desimpedida e mais rica no aspecto social, permitindo que as pessoas sejam socialmente mais completas e possam realizar suas vontades, relacionando-se com o mundo de forma interligada e influenciadora.

Ora, na medida em que a administração pública se faz faltosa pela má gestão administrativa na geração da energia elétrica e responsabiliza o consumidor, instituindo bandeiras tarifárias extremamente onerosas, estar-se-á tolhendo completamente a liberdade dos indivíduos e por conseguinte o desenvolvimento, senão vejamos (Sen 2000, p. 59):

Como já mencionado anteriormente, existem cinco tipos de liberdades instrumentais, a primeiro delas a ser enfocada na presente questão são as *Facilidades econômicas*, que consistem no poder de consumo e de compra dos cidadãos, sendo certo que o desenvolvimento de um país, na medida em que o enriquece, também viabiliza um aumento na amplitude do poder de compra dos indivíduos.

Todavia, *in casu* com a má gestão na geração de energia elétrica e frequente instituição de bandeira tarifárias onerosas, o que está acontecendo é o oposto da geração de facilidades econômicas, sobretudo, por se tratar de um país em que segundo a última pesquisa feita pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), do ano de 2017: “Cerca de 50 milhões de brasileiros, o equivalente a 25,4% da população, vivem na linha de pobreza e têm renda familiar equivalente a R\$ 387,07 – ou US\$ 5,5 por dia, valor adotado pelo Banco Mundial”.

Ressalta-se que na Constituição Federal encontramos um referencial normativo para servir de premissa informativa da política energética que não é só o custeio, mas especialmente a questão

social. Portanto, a política tarifária deve contemplar forma que não onere ainda mais aqueles que já estão no limite de suas rendas, sob pena de ficarem alijados do serviço de energia.

Ademais, resta imperioso que desse contexto geram-se mais problemas para a questão energética, visto que mediante a flagrante privação de liberdade econômica e de acesso aos serviços energéticos ocorre o fenômeno do furto de energia nas favelas e regiões marginalizadas das cidades, sendo que todo esse custo acaba sendo inserido no sistema e pago pelos demais. É preciso que o caminho seja inverso.

Nesse contexto, é possível inserir a segunda modalidade de liberdade instrumental, enfocada por Amartya Sen (2000, p. 59) a de *Oportunidades sociais*, as quais se relacionam aos estabelecimentos feitos pela sociedade que influenciam nas capacidades dos indivíduos, barrando ou viabilizando outras liberdades substantivas, por exemplo: a educação e saúde, sendo que a primeira se faltosa pode impedir as liberdades econômicas das pessoas, pela limitação cognitiva dada à educação insuficiente, e a segunda se efetiva pode auxiliar as pessoas na liberdade de superar uma doença como a obesidade.

Da mesma forma ocorre com o sistema de geração e fornecimento de energia elétrica, no qual se for consagrada uma boa gestão de geração de energia elétrica pela administração pública, é possível haver uma redução e adequação melhor dos preços da onerosa bandeira tarifária, por conseguinte diminuindo a discrepância entre os preços das bandeiras tarifárias em cada Estado e aumentando as oportunidades sociais dos brasileiros, povo este que como foi demonstrado sofre em demasia de falta de recursos financeiros.

Por fim, menciona-se, nessa situação, a liberdade instrumental da *segurança protetora* enfocada por Amartya Sen (2000, p. 60) que concerne na fixação de segurança para as pessoas, para impedir que sofram a miséria e até morram de fome, por exemplo.

Há a necessidade dessa segurança, no entanto em relação ao sistema de bandeiras tarifárias na forma que tem se prostrado não é possível afirmar que a administração pública tem gerado uma segurança protetora em que todos possam ter acesso à energia elétrica sem que precisem burlar o sistema ou mesmo furtar energia.

Quanto à eficiência de mercado, é muito fácil que se pense na efetividade de produção e negociação priorizadas em detrimento das liberdades substantivas das pessoas. Contudo, para Amartya Sen, é possível pensar em eficiência de mercado no sentido de ter como preocupação principal as liberdades substantivas que as pessoas desfrutam.

É preciso que o mecanismo de mercado seja acompanhado de igualdade, ou seja, de medidas sociais que visem à equidade, além da necessidade de se pensar na eficiência de produção para a eficiência de liberdades substantivas. Por conseguinte, para Amartya Sen, o livre mercado possui limites e esses residem justamente no Estado com suas atribuições sociais.

Segundo Amartya Sen (2000, p. 55), o desenvolvimento é um processo de expansão de liberdades reais que as pessoas desfrutam, sendo que tal expansão é considerada como *fim primordial e principal meio* do desenvolvimento.

O aspecto de principal meio, que Amartya Sen também denomina de papel instrumental da liberdade, consiste na maneira pela qual políticas públicas, oportunidades, mudanças e direitos influenciam na consecução dos objetivos do desenvolvimento, isto significa o modo pelo qual o fim primordial poderá ser concretizado. Porém este é um raciocínio que não se encontra presente nos desdobramentos da política de fornecimento de energia elétrica da administração pública brasileira, gerando diversas privações de liberdade e empecilhos ao desenvolvimento.

Na perspectiva de liberdade, chega-se à conclusão que entender o processo de desenvolvimento a partir das liberdades substantivas, constitui tarefa árdua e, para tanto, há necessidade de raciocinar e direcionar o sistema para agir removendo as inúmeras privações de liberdade existentes.

Existem problemas de diversos tipos e diversas ordens enfrentados pela sociedade, especialmente esse relativo a energia elétrica no Brasil e que privam as liberdades dos indivíduos. No entanto, salienta-se que pontos importantes entre esses problemas são as informações específicas, consideradas decisivas para buscar soluções. Amartya (2000) denomina bases informacionais e a partir delas perfaz que

são importantes em momento de juízos avaliatórios, levando-se em consideração teorias de ética e justiça social que se adequam a essas bases informacionais.

Há, na sociedade, um amplo cabedal de instituições sociais, como as operações de mercado, legislações, partidos políticos, poder judiciário, mídia e comunidade em geral que precisam ser levadas em consideração em uma análise econômica do desenvolvimento, visto que é justamente a análise da inter-relação entre os papéis dessas instituições na expansão das liberdades que viabiliza a percepção empírica dos fatores que agregam à ética social, aos valores e ao bem-estar indicando plausivelmente o desenvolvimento social.

O fato é que, enquanto bases informacionais atreladas à ética e justiça social não forem adotadas nesses momentos de juízos avaliatórios, continuará havendo problemas no planejamento da gestão governamental e como foi demonstrado se dificultará que o sistema nacional se porte em prol do desenvolvimento como expansão de liberdades e por conseguinte do bem-estar.

A atribuição da liberdade ao desenvolvimento, que é ponto central no livro de Amartya Sen, remete, como foi aduzido, às capacidades humanas, uma vez que as liberdades possuem uma via de mão dupla com a expansão dessas capacidades humanas e essa expansão com efeito possui relação direta com a melhoria e desenvolvimento.

Com base na obra que presta suporte teórico pode-se dizer, por exemplo, que a melhoria na gestão de geração de energia e bandeiras tarifárias pode melhorar a qualidade de vida dos brasileiros, na proporção em que estará expandindo e facilitando o acesso à energia elétrica, que é indispensável atualmente, aumentando em certa parte o poder de compra dos cidadãos e ainda viabilizando que a arrecadação do governo com os tributos possa ser mais vigorosamente manejada para as áreas de educação e saúde, por exemplo, de modo que tudo isso estará, em síntese, expandindo liberdades e viabilizando o desenvolvimento.

A liberdade é de fundamental importância para o estudo analisado porque possui diversos aspectos, já demonstrados anteriormente que se relacionam com diversas atividades e instituições da sociedade, viabilizando uma melhor compreensão das necessidades e avanços

da estrutura social.

Portanto, *in fine* como proposição, deixa-se a seguinte passagem de Amartya Sen (2000, pg.378) na obra apresentada: "O princípio organizador que monta todas as peças em um todo integrado é a abrangente preocupação com o processo de aumento das liberdades individuais e o comprometimento social de ajudar para que isso se concretize".

O que se paga pela energia elétrica consumida é um preço público<sup>8</sup>, portanto, importante partir da premissa de que não se trata de uma questão tipicamente tributária, mas da ordem da atuação do Estado na economia por meio dos serviços que monopoliza, portanto, sujeito a regras próprias para colocar limites à sua atuação, bem como para assegurar o cumprimento de seu papel fundamental para com os indivíduos.

Como o fornecimento de energia elétrica está sob o manto da exclusividade estatal, ainda que concessão, ao refletir-se sobre o assunto é importante pontuar que trata-se de serviço essencial e que, em regra, o consumidor não tem como optar por deixar de adquirir, portanto, tem sua liberdade afetada pela administração do setor realizada pelo Governo Federal. Edvaldo Brito (2016, p.43) sustenta que "essas utilidades são de fruição compulsória a ponto de não permitirem alternativas ao indivíduo, porque são oferecidas na linha da assistência vital que é a função maior do Estado do bem-estar social".

Dada a circunstância de que os reflexos da atuação estatal na gestão do serviço energético alcançam o cidadão de modo a tolher sua capacidade financeira por conta da elevação do custo do serviço sem lhe entregar melhorias compensatórias criado estará um ciclo aprisionante e exploratório. Isso faz com que a comunidade jurídica intensifique suas reflexões e passe a concluir que um novo paradigma seja implantado a fim de que os objetivos constitucionais de justiça social sejam alcançados. Edvaldo Brito (2016. p.191) tem uma ponderação relevante quanto a isso:

Por isso, o autor deste trabalho vem afirmando que as transformações na estrutura econômica ocasionam mudanças na consciência social, arrastando o pensamento jurídico a refletir, dando oportunidade

ao movimento que se pode denominar, sem conotação política, de socializador do Direito para significar a substituição do caráter individual do Direito pelo caráter social. A nova consciência social leva os indivíduos a entenderem os acontecimentos sociais por dois modos principais: 1º. não conformismo com os flagelos, com os males sociais: a fome, por exemplo; 2º. não se admitir mais fatalidades econômicas, reagindo, em consequência, à vida em desigualdade econômica, porque essa desigualdade não se considera mais uma fatalidade, mas, sim, um mal social curável.

Levando a reflexão para o campo constitucional, o Brasil adotou um sistema econômico liberal, porém, nas palavras de Nathalia Masson (2016, p.1235), ressalva-se a importância da participação governamental para realizar a justiça social:

No texto constitucional arnal, embora não se diga expressamente, a opção é pelo capitalismo e pela apropriação privada dos meios de produção. Consagra-se, pois, uma economia de livre mercado, mas com o cuidado de direcionar o processo econômico a um objetivo central: assegurar a todos uma existência digna, buscando o bem-estar social e, sobretudo, a melhoria das condições de vida de todos os integrantes da sociedade.

A constituição federal prescreve em seu art. 170 diversos princípios gerais da ordem econômica, valendo entre eles destacar os constantes dos incisos V e VII, que respectivamente impõem a defesa do consumidor e a redução das desigualdades regionais e sociais. O primeiro porque presume a situação de hipossuficiência do consumidor, constituindo pedra basilar para a construção de uma legislação própria (Lei 8.078/90) na qual ficaram implícitas diversas questões sociológicas que requerem a preservação da autonomia do indivíduo e a proteção contra abusos que não ocorrem somente por entes privados, mas públicos também.

Certamente, o mais importante dos princípios é o da redução das desigualdades regionais e sociais. Nathalia Masson (2016, p.1240) cita que esse princípio também é um dos objetivos fundamentais da república (CF, art. 3, III) e exemplifica o que se espera dos governantes

realizar inspirados por ele:

Justamente sua existência e importância constitucional é que justificam variadas medidas que procuram favorecer regiões mais pobres do país, desenvolvê-las, e, com isso, promover uma maior integração nacional, proporcionando uma melhor distribuição dos recursos. Para exemplificar, pode-se citar a criação da Sudene e Suframa (respectivamente Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste e Superintendência da Zona Franca de Manaus), os incentivos fiscais (enunciados no art. 15 I, 1, CF/88), e também os programas governamentais como Fome Zero, Bolsa Escola.

O pacto federativo requer uma atuação do governo central que assegure a isonomia baborsiana (1999), ou seja, de que eventuais tratamentos diferenciados sejam justificados como medida virtuosa para equalizar os diversos entes conforme suas peculiaridades e com foco na geração de benefícios para todos.

Impossível justificar que um estado produtor de energia que exporte para os principais centro consumidores do país seja penalizado com o sistema de bandeiras tarifárias porque houve opção do Governo Federal em concentrar a energia produzida, forçando o Estado produtor a usar do sistema de termelétricas?

É certo que a crise hídrica atinge praticamente todos os estados da federação, mas isso ocorre em proporções diferentes e quem sofrerá os efeitos negativos dos danos ambientais decorrentes da construção das usinas de Santo Antônio e Jirau, bem como os transtornos sociais com o deslocamento de populações ribeirinhas é o Estado de Rondônia.

Nessa complexa fórmula de minimizar desigualdades, há de ser considerado o IDH<sup>9</sup> e a renda per capita<sup>10</sup> da Região Norte que são bem menores quando comparados aos estados situados nas regiões Sul e Sudeste para onde a energia elétrica é redistribuída.

Salta aos olhos que esse cálculo, que deveria ser equalizador, desfavorece o estado de Rondônia na medida que lhe impõe a cobrança de bandeiras tarifárias.

### 3. Conclusão

As bases do sistema tarifário no Brasil estão solidificadas sobre um sistema arrecadatório cujos resultados não demonstram a concretização dos objetivos declarados. Nesse sentido, percebe-se que esse sistema é incompatível com as diretrizes constitucionais quando se propõe um referencial de desenvolvimento como liberdade inspirado na obra de Amartya Sen. A política de preços impõe à população brasileira, além de gerar tratamento desigual, é restritiva na medida em que desestimula a atividade econômica e segregar pessoas das camadas de baixa renda de consumirem licitamente a energia elétrica.

Também deve ser considerado que a aplicação de bandeira tarifária ao Estado de Rondônia contraria toda a principiologia da ordem econômica, ferindo de morte o pacto federativo e o princípio maior da isonomia por onerar excessivamente o referido Estado em relação aos demais, criando circunstâncias para que uns sejam beneficiados em detrimento dos demais de modo a aumentar ainda mais a diferença entre eles.

Os resultados observados, até o momento, indicam que o sistema de bandeira tarifária não gerou desenvolvimento social, pois deixa de favorecer um equilíbrio na gestão de fontes energéticas e com isso terminou por sacrificar os consumidores com a oneração continuada do preço da energia elétrica.

### 4. Referências

BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. Edições Casa de Rui Barbosa, 5<sup>a</sup> edição, 1999, Rio de Janeiro.

BRITO, Edvaldo. *Direito tributário e constituição: estudos e pareceres*. Edvaldo Brito – 1. ed. – São Paulo: Atlas, 2016.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. Saraiva, 16<sup>a</sup> edição, 2006.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. Maleiros Editores, 14<sup>a</sup> ed., São Paulo.

MASSON, Nathalia. *Manual de Direito Constitucional*. 4<sup>a</sup> edição, 2016, Editora Jus Podivn, Salvador.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como Liberdade*. São Paulo: Companhia de Bolso, 2010.

1 Curso 2º período de Direito no Mackenzie, Brasil, johnnyjunnior@yahoo.com.br

2 Mestre em Direito pela FGV/DireitoRio; doutorando em Ciências Políticas pela UFRGS, Brasil, johnnyprofessor@yahoo.com.br

3 <http://www2.aneel.gov.br/cedoc/ren2013547.pdf>

4 [http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/noticias/Output\\_Noticias.cfm?Identidade=8415&id\\_area=90](http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/noticias/Output_Noticias.cfm?Identidade=8415&id_area=90) (resposta a questão número 1)

5 <http://phmp.com.br/artigos/a-ilegalidade-das-bandeiras-tarifarias-no-brasil/>

6 <http://dc.clicrbs.com.br/sc/noticias/noticia/2017/10/aneel-diz-ao-...-nao-monitora-impacto-da-bandeira-tarifaria-no-consumo-9927427.html>

7 <http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2017-12/ibge-brasil-tem-14-de-sua-populacao-vivendo-na-linha-de-pobreza>

8 MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. Maleiros Editores, 14<sup>a</sup> ed., São Paulo, pg. 330.

9 <http://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/idh0/rankings/idhm-uf-2010.html>

10 [https://ww2.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/trabalho/rendimento/pnad\\_continua/default\\_renda\\_per capita.shtml](https://ww2.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/trabalho/rendimento/pnad_continua/default_renda_per capita.shtml)



**Duilia Sgrott Reis**

Mestranda em Direito Sócio-Ambiental da Pontifícia Universidade Católica do Paraná em Convênio com a Faculdade Católica de Rondônia. Possui graduação em Direito pela Universidade Federal de Rondônia. Juíza de Direito do Estado de Rondônia e bolsista da Escola da Magistratura de Rondônia - Emeron.

## A HIPOCRISIA DA MEIA ENTRADA E SEU IMPACTO NA PRECIFICAÇÃO DOS INGRESSOS

Duília Sgrott Reis

*'Todo sistema econômico age como Cristóvão Colombo: começa a viagem sem saber para onde vai e quando chega não sabe onde se encontra. E faz a viagem com o dinheiro alheio.'* Joelmir Beting, *Folha de São Paulo*, 17 de maio de 1970.

### RESUMO

Diante da constatação de que quase todos os Estados brasileiros adotam a política pública redistributiva da meia entrada e que foi implementada a regulamentação deste benefício, no âmbito federal, através da Lei n. 12.933/2013 e do Decreto n. 8.537/2015., Busca-se, neste artigo, analisar o objeto da meia entrada, quem são os sujeitos ativos e passivos, se o Estado deveria ter intervindo desta forma no domínio econômico, limitando o princípio da livre iniciativa e qual a influência que a meia entrada tem na precificação dos ingressos. Indaga-se, ainda, se diante das respostas a esses questionamentos podemos concluir ser a meia entrada uma ilusão populista, porque existiria na forma e não na essência. O método utilizado é o dedutivo. O objetivo geral visa analisar como é regulamentada a questão da meia entrada no Brasil, sob o ponto de vista de intervenção do Estado, no domínio econômico. Os objetivos específicos são esclarecer se há efetivo benefício quando ocorre a concessão de meia entrada aos sujeitos ativos e analisar, dentro do ciclo de avaliação das políticas públicas, sua adequação de desempenho. Neste trabalho foi utilizada a técnica da pesquisa bibliográfica.

**Palavras-chave:** Estudante. Meia entrada. Política Pública. Precificação dos Ingressos.

## 1. Introdução

No Brasil, desde a década de 30<sup>1</sup>, existe o benefício denominado meia entrada que consiste num direito atribuído a certa categoria de consumidores para que possam efetuar o pagamento de metade do valor estipulado para o público em geral relativamente ao ingresso de espetáculos teatrais, musicais, exposições de arte, sessões de cinema, além de espetáculos esportivos (v.g., jogos de futebol).

Nesse sentido, as 27 unidades federativas brasileiras geraram ao longo dos últimos **25 anos** alguma forma de legislação que assegura aos estudantes a meia entrada para a participação em eventos culturais. Essa é uma política que se baseia em dois pressupostos fundamentais. **O primeiro** é fornecer subsídios ao consumo de cultura de um grupo de pessoas, com renda individual média mais baixa. **O segundo** é relacionado à interação existente entre capital humano e capital cultural. A Tabela 1 apresenta as datas de criação e o número das primeiras formas de leis de meia entrada estaduais para todo o país.<sup>2</sup>

**Tabela 1** Leis estaduais da meia entrada para estudantes

UF	ANO DA LEI	NÚMERO DA LEI	UF	ANO DA LEI	NÚMERO DA LEI
AC	1991	1004	PB	1993	5720
AL	1995	5689	PE	1993	10859
AM	2006	3076	PI	1994	4,673
AP	1993	102	PR	1995	11182
BA	1990	5894	RJ	1996	2519

1 TARDÁGUILA, Cristina; BRANDÃO, Liv. *Benefício da Meia-Entrada existe há 80 anos*. Disponível em :<<https://oglobo.globo.com/cultura/beneficio-da-meia-entrada-existe-ha-80-anos-6927476>> . Acesso em 06 de jun. 2018.

2 WINK, Marcos Vinicio Junior *et al.* Os efeitos da criação das leis de meia entrada para estudantes sobre o consumo de bens e serviços no Brasil. *Estudos Econômicos*, vol. 46, n. 4, São Paulo, oct/dec.2016. Disponível em : [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0101-41612016000400745](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-41612016000400745) , consulta em 09 jun. 2018.

UF	ANO DA LEI	NÚMERO DA LEI	UF	ANO DA LEI	NÚMERO DA LEI
CE	1994	12302	RN	1993	6503
DF	2001	2768	RO	1994	552
ES	1994	4955	RR	1995	95
GO	1994	12355	RS	2008	13104
MA	2002	7805	SC	2003	12570
MG	1993	11052	SE	1994	3491
MS	1992	1352	SP	1992	7844
MT	1991	5729	TO	1997	934
PA	1993	5764			

Fonte: Assembleias Legislativas Regionais

Este artigo está dividido em cinco partes. Introdução. A seguir, na segunda parte aborda a origem histórica da meia entrada no Brasil, quem são os sujeitos ativos e passivos; qual o seu objeto e sua abrangência. Na terceira parte, analisa a intervenção do Estado na Economia, indagando se o Estado brasileiro deveria ter intervindo no domínio econômico, limitando o princípio da livre iniciativa ao fixar o direito à meia entrada; na quarta seção, avalia qual a influência da meia entrada na discriminação do preço dos ingressos e na última etapa conclui diante das respostas a esses questionamentos ser a meia entrada uma ilusão populista, porque existiria na forma e não na essência.

## 2. Meia entrada

A meia entrada consiste num direito conquistado por estudantes brasileiros de pagar 50% (cinquenta por cento) de desconto nos ingressos a salas de cinema, cineclubes, teatros, espetáculos musicais e circenses e eventos educativos, esportivos, de lazer e de entretenimento, em todo o território nacional, promovidos por quaisquer entidades e realizados em estabelecimentos públicos ou particulares. Foi conquistado pelos estudantes na década de 1930, fruto de mobilização do movimento estudantil e tem o objetivo de facilitar o acesso à cultura e ao esporte.

O acesso à cultura é um direito garantido constitucionalmente (artigos 215 e seguintes, da CF/88), pois permite o respeito à dignidade, a partir do reconhecimento da identidade do indivíduo

e o aproveitamento de suas qualidades. Varella propõe quatro dimensões a esses direitos. A primeira, relacionada as liberdades culturais, inclui a imensa gama de atividades que vão desde o direito à criação artística até o direito à livre profecia religiosa. A segunda geração refere-se ao conceito de igualdade e reconhece os direitos culturais como integrantes dos direitos sociais, no qual está incluído o direito de acesso à cultura. A terceira geração aborda a ideia de fraternidade e solidariedade, exigindo o compartilhamento de responsabilidades entre o poder público e a esfera privada (direito cultural ao patrimônio cultural). A quarta geração vincula-se à ideia de participação na definição de políticas culturais, "são os direitos relacionados à possibilidade de interferência direta da sociedade nos rumos das ações estatais, implementadas por meio de programas e políticas culturais"<sup>3</sup>

A Agenda 21 da Cultura<sup>4</sup> estabelece como um de seus princípios que o "acesso a universo cultural e simbólico em todos os momentos da vida, desde a infância à velhice, constitui um elemento fundamental de formação da sensibilidade, da expressividade, da convivência e da construção de cidadania"<sup>5</sup>.

A probabilidade de um brasileiro poder consumir cultura, conforme Paglioto e Machado<sup>6</sup>, estaria condicionada a determinantes socioeconômicas, a saber : renda e escolaridade. Assim, a sugestão de ambas é que as políticas culturais não devem "se pautar apenas pela ampliação da oferta dos bens culturais, mas sim no incentivo da demanda através da redução das desigualdades de educação e de

3 VARELLA, Guilherme. Plano Nacional de Cultura. Direitos e Políticas Culturais no Brasil. Disponível em :< [http://www.cultura.gov.br/noticias-destaques/-/asset\\_publisher/OiKX3xLR9iTn/content/direito-cultural-e-um-direito-fundamental/10883](http://www.cultura.gov.br/noticias-destaques/-/asset_publisher/OiKX3xLR9iTn/content/direito-cultural-e-um-direito-fundamental/10883)>. Acesso em 09 jun. 2018.

4 Aprovada em 08.05.2004, em Barcelona, Espanha, é o primeiro documento que estabelece uma ação por parte de cidades e governos locais para o desenvolvimento cultura. O programa Cidade e Governos Locais Unidos (CGLU) adotou a agenda 21 da Cultura como documento de referência a partir do ano de 2004. Disponível em :< <http://www.ufrgs.br/difusaocultural/adminseminario/documentos/arquivo/Jordi.pdf>> . Acesso em 06 de jun. 2018.

5 PAGLIOTO, Bárbara Freitas et al. Perfil dos frequentadores de atividades culturais: o caso nas metrópoles brasileiras. Revista de Estudos Econômicos. Vol. 42, n. 04, São Paulo, oct/dec/2012. Disponível em: < [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0101-4161201200040003](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-4161201200040003)> . Acesso em 07 de jun. 2018.

6 *Op. Cit.*

renda”<sup>7</sup>.

Martinelli, pesquisador da USP sobre o tema da meia entrada, destaca que, não foram localizados parâmetros, em artigos científicos em inglês que abordassem a concessão de descontos e existência ou não de benefícios para estudantes ou idosos, para servir de comparação à meia entrada existente no Brasil.

Nos Estados Unidos, de fato há uma intensa discussão acerca da precificação de ingressos de shows/espetáculos/eventos musicais/artísticos/esportivos. No entanto, a questão não é relacionada a “concessão de Meia Entrada” diretamente, mas à adoção ou não de um sistema chamado **Dynamic Pricing**, no intuito de se otimizar as vendas e aumentar a lucratividade. S e m e l h a n t e à precificação largamente adotada por companhias aéreas para emissão de tickets de voos, o sistema seria definido como uma espécie de “**gestão ativa de bilheteria**” que adapta e modifica o preço (seja por elevação/redução do valor de face, seja por concessão de descontos) cobrado por ingressos de um determinado evento em função da evolução de sua demanda. Dependendo da situação das vendas, o promotor pode ser levado a mudar a estratégia da precificação: muita procura com antecedência levaria a uma alta progressiva dos preços (algo semelhante aos tais “primeiro, segundo, terceiro lotes”, e assim por diante, prática comum no Brasil), ao passo que, baixa procura, mesmo com a aproximação da data do evento, levaria a uma redução repentina dos preços, seja diretamente modificando-se seu valor de face, seja por meio da concessão de diversas modalidades de descontos, cujos critérios nem sempre são tão claros e transparentes.<sup>8</sup>

Neste tópico vamos aprofundar a origem histórica da meia entrada, sua previsão legal a nível nacional e estadual; o objeto da

7 WINK, Marcos Vinicio Junior et al. Os efeitos da criação das leis de meia entrada para estudantes sobre o consumo de bens e serviços no Brasil. *Estudos Econômicos*, vol. 46, n. 4, São Paulo, oct/dec.2016. Disponível em : [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0101-41612016000400745](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-41612016000400745), consulta em 09 jun. 2018.

8 MARTINELLI, Carlos E. L. O impacto da “meia entrada” na precificação de ingressos e no planejamento estratégico de companhias de entretenimento. *Relatório de Pesquisa Ampliado de Conclusão de Curso apresentado ao Departamento de Contabilidade e Atuaria da FEA - USP*. Disponível em :< [https://docs.google.com/document/d/19\\_68K0aZceOUPU\\_sN-QTtLPY3bfu-3mmzvD4dvzWGAFk/pub](https://docs.google.com/document/d/19_68K0aZceOUPU_sN-QTtLPY3bfu-3mmzvD4dvzWGAFk/pub)>, consulta em 08 de jun. 2018.

meia entrada e quem são os sujeitos ativos e passivos deste benefício.

## 2.1. Escorço histórico da meia entrada no Brasil

A União Nacional dos Estudantes (UNE) esclarece que a meia entrada existe desde a década de 1930. Foi assumida como um instrumento para fomentar o acesso à cultura e, assim, complementar a formação escolar. Não havia regulamentação nacional, apenas estadual e municipal, o que causava muita divergência de um local para outro.

Como forma de estimular o acesso do estudante à cultura, já no início da década de 30, com o surgimento da União Nacional dos Estudantes (UNE), que buscava meios para tornar mais acessível a arte, a cultura e o esporte, surgiu a ideia do direito ao pagamento da meia-entrada para estudante em eventos dos caráteres acima mencionados, o que iria garantir a facilitação, do ponto de vista financeiro, do contato do jovem estudante com essas manifestações. Porém, foi somente na década de 90 que esse direito, que antes não passava de uma luta ou costume aplicado em lugares específicos, foi sendo transformado em lei em diversos Estados da Federação.<sup>9</sup>

No ano de 2001, o Governo Federal editou a Medida Provisória n. 2.208/2001, dispondo sobre a comprovação da qualidade de estudante e de menor de dezoito anos, permitindo que a carteira de estudante, para que pudesse ser concedida a meia entrada, fosse expedida por associação ou agremiação estudantil, mas também por estabelecimentos de ensino. Retirando das entidades estudantis a exclusividade na emissão das carteiras de estudantes, ocorreu uma proliferação de emissão de carteiras, inclusive falsas. A multiplicação, sem critérios rigorosos, de carteiras de meia-entrada colaborou para gerar desequilíbrios na estrutura comercial dos espetáculos culturais

<sup>9</sup> ALVES, Fabrício Germano et al. Fundamentos e Dificuldades da Concretização do Direito à Meia-Entrada Estudantil. *Revista de Filosofia do Direito, do Estado e da sociedade* - FIDES, Natal, v. 5, n. 2, p. 227, jul/dez.2014

e para elevar os preços dos ingressos a quantias impraticáveis para o público pagante sem acesso à meia-entrada. Neste sentido há manifestação da UNE (União Nacional dos Estudantes):

Como qualquer papel poderia ser instrumento de obtenção do direito na prática o que aconteceu é que todo mundo comprava meia, a meia virou a inteira e a inteira o dobro.<sup>10</sup>

Em 31.12.2008, os senadores Eduardo Azeredo (PSDB-MG) e Flávio Arns (PT-PR), apresentaram no Senado Federal, o Projeto de Lei 4.571/08<sup>11</sup>, dispondo sobre o benefício do pagamento de meia entrada para estudantes e idosos em espetáculos, artísticos-culturais e esportivos. O Deputado Vicente Cândido foi relator do projeto que também constava a vedação de exclusividade na emissão de documento comprobatório da condição de estudante para obtenção de descontos na compra de ingressos para eventos culturais e esportivos. A tramitação no Poder Legislativo demorou cinco anos, sendo convertida em lei ordinária, em 27.12.2013, através da Lei n. 12.933, que veio a ser regulamentada após dois anos, por intermédio do Decreto n. 8.537, de 05 de outubro de 2015.

Assim, a partir de 27 de dezembro de 2013, a escolha do produtor pelo preço de entrada em espetáculos artísticos-culturais e esportivos passou a possuir, nacionalmente, restrição imposta pela lei retromencionada, regulamentada pelo Decreto n. 8.537, de 05 de outubro de 2015, que assegurou o benefício da meia entrada (pagamento da metade do preço do ingresso efetivamente cobrado do público em geral) a estudantes, idosos, pessoas com deficiência e jovens de 15 a 29 anos, de baixa renda, a um mínimo de 40% (quarenta por cento) do total de ingressos disponíveis. Importante destacar, contudo, que esse benefício não é cumulativo com quaisquer outras promoções e convênios e, também, não se aplica ao valor dos serviços adicionais eventualmente oferecidos em camarotes, áreas e cadeiras

10 \ Falsificar carteira de estudante é crime e pode dar cadeia de até 5 anos. Disponível em:< <http://www.une.org.br/noticias/falsificar-carteira-de-estudante-e-crime-e-pode-dar-cadeia-de-ate-5-anos/>>. Acesso em 06 jun. 2018.

11 Projeto de Lei n. 4.571, de 2008. Disponível em :< <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/propmostrarIntegra?codteor=1047325&filename=EMC+1/2012+CCJC+3D%3E+PL+4571/2008>>. Acesso em 06 jun. 2018.

especiais e nem aos eventos da Copa do Mundo FIFA de 2014 e Olimpíadas do Rio de Janeiro de 2016.<sup>12</sup>

Com a vigência da Lei n. 12.933/2013 (lei da meia entrada), o Partido Popular Socialista ingressou perante o Supremo Tribunal Federal com uma ação direta de constitucionalidade sob o n. 5108, questionando os §§ 2º e 4º do artigo 1º do citado dispositivo legal, alegando ofensa ao princípio da liberdade de associação, que foi acolhida pelo Ministro Dias Toffoli, o qual destacou:

A meia entrada cultural é um justo subsídio da sociedade em prol de uma formação humanística, cultural e intelectual mais diversificada e aprofundada para nossos estudantes. Muitos se veriam completamente impedidos de acesso a esses eventos e equipamentos culturais, não fosse pelo instituto da meia entrada. Além disso, esses estudantes, ‘formados’ em contato com cinema, teatro, música, exposições, certamente serão consumidores habituados a essa frequência, também quando deixarem a condição de estudantes e se tornarem profissionais beneficiando as empresas então com o pagamento de entradas inteiras. [...] Também é comum, infelizmente, a prática de promoções do tipo ‘meia para todos’, que na realidade têm o fito de driblar o instituto da meia cultural, pois institucionalizam um só preço, para todas as faixas de público. Os órgãos de defesa do consumidor possuem registros, inclusive, de empresas de promoção de eventos que chegam a imprimir ingressos com valor cheio, de ‘entrada inteira’, apenas para exibi-los em caso de fiscalização, mas comercializando apenas ingressos de meia entrada, na famigerada prática da ‘meia para todos’, que, como bem definem as entidades estudantis, equivale a ‘meia para ninguém’, pois todos pagam inteira. O instituto da meia cultural já foi absorvido pelo cenário da indústria cultural no Brasil, estando inclusive devidamente previsto nas planilhas de custos de promotores de eventos e de gestores de equipamentos culturais. Deve-se lembrar ainda que o setor conta com subsídios estatais significativos, por meio de mecanismos como as leis federais e estaduais de incentivo à cultura mediante renúncia fiscal, editais, mecenato, entre outros. É natural que esses subsídios impliquem

12 In §§ 1º e 11º, do art. 1º da Lei n. 12.933/2013.

uma contrapartida social, principalmente no que diz respeito à facilitação do acesso aos produtos culturais gerados com esses recursos, para um público o mais amplo possível<sup>13</sup>

## 2.2. Sujeitos ativos e passivos da meia entrada

### 2.2.1. Quem são os beneficiários com a meia entrada?

De acordo com as Leis Federais n. 12.933/2013 (Lei da meia Entrada) e 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), são: a) os estudantes, assim compreendidos aqueles matriculados nos níveis e modalidades de ensino previstos na Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei n. 9.394/96), que comprovem sua condição de discente, mediante a apresentação da Carteira de Identificação Estudantil (CIE); b) as pessoas com deficiência, inclusive seus acompanhantes quando necessário<sup>14</sup>; c) os jovens de 15 a 29 anos de idade de baixa renda, inscritos no Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal (CadÚnico) e cuja renda familiar seja de até 2 (dois) salários mínimos, na forma do regulamento<sup>15</sup>, além dos idosos<sup>16</sup>.

Apesar da existência de lei federal regulamentando a meia entrada, é possível que os Estados e Municípios legislem de forma complementar sobre o direito à meia entrada, ampliando os beneficiários anteriormente fixados. Desta forma, o Estado interfere diretamente na livre iniciativa, causando um impacto negativo sobre os que promovem as atividades econômicas ligadas ao entretenimento, direta ou indiretamente, em diversos níveis da cadeia de produção, mas não concede nenhuma contrapartida econômica, salvo quando o evento possui subsídio indireto do Estado, através, por exemplo da

13 Adin 5108,disponível em:< <http://www.stf.jus.br/portal/peticaolnicial/verPeticaolnicial.asp?base=ADIN&s1=5108&processo=5108>>. Consulta em 06 jun. 2018.

14 Art. 1º, § 8º da Lei 12.933/2013.

15 Art. 1º, § 9º da Lei n. 12.933/2013.

16 Art. 23, da Lei 10.741, de 1.10.2003(Estatuto do Idoso)

Lei n. 8.313/91, conhecida vulgarmente por “Lei Rouanet”<sup>17</sup>.

A constatação, portanto, é de que o critério inicialmente usado pelo legislador, facilitação do acesso à cultura para o consumidor de baixa renda, sofreu uma mudança e passou a servir de “currul eleitoral”, de acordo com a conveniência do governante<sup>18</sup>, tendo caráter hodierno nitidamente populista. Neste sentido:

À medida em que o público beneficiário da meia entrada cada vez mais se aproxima de 100%, na verdade ninguém está sendo beneficiado, ou seja, a meia entrada passa a ser meramente formal, aparentemente sem nenhum efeito prático: conveniente para ser celebrada por seus políticos criadores, equivocadamente considerada uma “conquista” por militantes estudantis, ilusória para quem pensa que faz uso dela, aviltante para quem não o faz<sup>19</sup>.

Assim, por exemplo, os Estados de São Paulo e Paraná<sup>20</sup> permitem a extensão do direito da meia entrada aos professores. No primeiro, tão somente para aqueles vinculados à rede pública e no segundo, também para aqueles da rede privada, além dos doadores regulares de sangue<sup>21</sup>. Outro exemplo, no Estado do Rio de Janeiro o benefício é extensível aos menores de 21 anos de idade, independentemente de

17 Principal mecanismo de fomento à Cultura do Brasil, a Lei Rouanet, como é conhecida a Lei 8.313/91, instituiu o Programa Nacional de Apoio à Cultura (Pronac). O nome Rouanet remete a seu criador, o então secretário Nacional de Cultura, o diplomata Sérgio Paulo Rouanet. Para cumprir este objetivo, a lei estabelece as normativas de como o Governo Federal deve disponibilizar recursos para a realização de projetos artístico-culturais. A Lei foi concebida originalmente com três mecanismos: o Fundo Nacional da Cultura (FNC), o Incentivo Fiscal e o Fundo de Investimento Cultural e Artístico (Ficart). Este nunca foi implementado, enquanto o Incentivo Fiscal - também chamado de mecenato - prevaleceu e chega ser confundido com a própria Lei. Disponível em: <<http://rouanet.cultura.gov.br/o-que-e/>>. Acesso em 11.09.2018.

18 Meia-entrada: empresários insatisfeitos com a nova legislação. Disponível em : <<https://oglobo.globo.com/brasil/meia-entrada-empresarios-insatisfeitos-com-nova-legislação-9365019>>. Acesso em 06 jun. 2018

19 MARTINELLI, Carlos E. L. O impacto da “meia entrada” na precificação de ingressos e no planejamento estratégico de companhias de entretenimento. *Relatório de Pesquisa Ampliado de Conclusão de Curso apresentado ao Departamento de Contabilidade e Atuaria da FEA – USP*. Disponível em :<[https://docs.google.com/document/d/19\\_68K0aZceOUPU\\_sN-QTtLPY3bfu-3mmzvD4dvzWGAFk/pub](https://docs.google.com/document/d/19_68K0aZceOUPU_sN-QTtLPY3bfu-3mmzvD4dvzWGAFk/pub)>, consulta em 08 de jun. 2018.

20 Vide Lei Estadual n. 15.876/2008.

21 Vide Lei Estadual n. 13.964/2002 do Estado do Paraná.

serem estudantes<sup>22</sup>.

Carlos Martinelli destacava, em 2013, que a Lei n. 9.989<sup>23</sup>, de 5.06.2006 de Porto Alegre, Rio Grande do Sul, apresentava uma proposta diferente, porque “garantia a meia entrada não só para estudantes, concedendo o benefício também a qualquer jovem com idade igual ou inferior a 15 anos estabelecendo, contudo, diversas diferenciações, limites de cotas e outras especificações que tratavam a concessão de forma mais complexa, com tratamentos especiais para cada atividade diferente”<sup>24</sup>. Todavia, o parágrafo primeiro do citado dispositivo legal que permitia essa diferenciação, foi considerado inconstitucional<sup>25</sup> e a Lei foi revogada pela Lei n. 11.927/2015.

## 2.2.2. Sujeitos passivos: quem custeia a meia entrada?

Gonçalves e Guimarães destacam que para “entendermos porque a lei da meia-entrada tem impactos idênticos a uma lei que estabelecesse entrada dobrada para os não estudantes, precisamos antes compreender como os preços são formados na economia de mercado, quais os fatores que os afetam. Os estabelecimentos ao escolher o preço vão levar em conta: os seus custos, a relação entre o preço e a demanda dos dois grupos – com e sem carteirinha – e a obrigatoriedade de o preço dos com carteirinha ser metade do preço

22 Vide Lei Estadual n. 3.364/2000, do Estado do Rio de Janeiro.

23 Parágrafo único. *Excetua-se* do disposto neste artigo: I – os espetáculos cinematográficos que ocorrerem aos sábados e domingos, dias em que será concedido desconto de 10% (dez por cento) sobre o valor efetivamente cobrado; II – os espetáculos teatrais, musicais e de dança em que estejam programadas, no máximo, 02 (duas) apresentações do mesmo espetáculo; III – os espetáculos teatrais, musicais e de dança que ocorrerem às sextas-feiras, aos sábados ou aos domingos, dias em que será concedido desconto de 10% (dez por cento) sobre o valor efetivamente cobrado; IV – os ingressos comercializados nos espetáculos futebolísticos para a ocupação de cadeiras e arquibancadas superiores, bem como metade daqueles disponibilizados, em cada evento, para as arquibancadas inferiores.”

24 MARTINELLI, Carlos E. L. O impacto da “meia entrada” na precificação de ingressos e no planejamento estratégico de companhias de entretenimento. *Relatório de Pesquisa Ampliado de Conclusão de Curso apresentado ao Departamento de Contabilidade e Atuaria da FEA – USP*. Disponível em :< [https://docs.google.com/document/d/19\\_68K0aZceOUPU\\_sN-QTtLPY3bfu-3mmzvD4dvzWGAfK/pub](https://docs.google.com/document/d/19_68K0aZceOUPU_sN-QTtLPY3bfu-3mmzvD4dvzWGAfK/pub)>, consulta em 08 de jun. 2018.

25 Arguição de Inconstitucionalidade n. 700048987044.

dos sem carteirinha”<sup>26</sup>

O principal objetivo de qualquer empresa é a obtenção de lucro. A decisão sobre preço de venda do produto/serviço, assim como outras escolhas importantes da empresa, se pautará pelo objetivo de obter os maiores ganhos possíveis. Todavia, se o preço do produto/serviço for muito alto, a tendência é que os consumidores optem por outro, em substituição, ou diminuam a quantidade de unidades daquele produto/serviço, o que reduz o número de unidades vendidas e corolariamente o lucro. Se o preço do ingresso cobrado for muito baixo, por exemplo R\$ 10,00 (dez reais), o faturamento será pequeno, mesmo que a sala de cinema fique lotada. Já se o valor do ticket for maior, por exemplo R\$ 100,00 (cem reais) é provável que o cinema fique vazio e a receita caia. Nenhuma dessas duas estratégias leva a um bom resultado, motivo pelo qual para maximizá-lo a empresa opta por um preço intermediário que lhe proporciona uma boa receita por unidade vendida (bilhete) e ao mesmo tempo capaz de atrair uma boa clientela. Assim, via de regra, o preço escolhido leva em consideração dois fatores:

(i) o custo do produto para a empresa e, (ii) a sensibilidade da demanda dos consumidores aos preços. Custos mais altos comprimem o lucro por unidade, e à medida que este diminui, torna-se mais interessante para a empresa aumentar o preço, ainda que isso implique em alguma redução da quantidade vendida. A relação positiva entre preços e custos não depende dos sentimentos da empresa por seus clientes...ela apenas objetiva maximizar o lucro e cobra preços mais altos quando os custos são maiores<sup>27</sup>

Outro fator que determina os preços é a chamada elasticidade-preço da demanda ou da procura, que aufera quando a demanda é influenciável pelo fator preço e via de regra, é motivada pelo grau de concorrência enfrentado pela empresa (inovações tecnológicas e/ou anúncios publicitários). Será elástica quando um aumento do preço acarretar forte redução de vendas e inelástica, quando ocorrer o

26 GONÇALVES, Carlos Eduardo e GUIMARÃES, Bernardo. *Economia sem truques : O mundo a partir das escolhas de cada um*. São Paulo: Campus-Elsevier, 2008. Kindle Version, loc. 507.

27 Ob. Cit. posição 400.

oposto. Quanto maior a elasticidade, menor será o preço de venda escolhido pela empresa.

Gonçalves e Guimarães frisam que de acordo com a legislação pátria:

a meia entrada em cinemas, circos, espetáculos teatrais, esportivos, musicais e de lazer é um direito de todo estudante e, portanto, ao escolher o preço, os estabelecimentos vão levam em conta: os seus custos, a relação entre preço e a demanda dos dois grupos – com e sem carteirinha – e a obrigatoriedade de o preço dos com carteirinha ser metade do preço dos sem carteirinha. Dadas as elasticidades das demandadas dos dois grupos e os custos, adicionar uma condição adicional que a empresa precisa respeitar o tipo preço dos estudantes deve ser metade do dos outros, gera o mesmo resultado final que adicionar uma condição do tipo preço dos outros deve ser o dobro do dos estudantes<sup>28</sup>

O equívoco neste tipo de raciocínio é que a lei não cria eventos culturais num passe de “económica, não reduz custos, nem cria recursos para os estabelecimentos que proveem estes serviços, desta forma os não portadores da carteirinha subsidiam a entrada dos que a possuem”<sup>29</sup>.

No mesmo sentido Gustavo Justino de Oliveira, professor de Direito da USP:

A política de meias-entradas é umas das formas de subsídio cruzado que podem ser implantadas pelo poder público. Ou seja, uma das formas de se introduzir artificialmente, pela legislação, uma distorção no preço dos produtos, de modo a beneficiar determinados grupos. Porém, essas leis não garantem nenhuma forma de contrapartida governamental para as empresas, que devem então criar modos de oferecer o benefício sem sofrer danos nos lucros. Percebe-se que não há uma preocupação do legislador em definir quem arca com os custos desses subsídios. É de se questionar se se trata de uma forma do Estado se eximir da responsabilidade, fazendo política com o dinheiro dos particulares.

28 Ob. Cit. p. 523(Kindle version ) Loc. 400

29 Ob. Cit. P. 539

Trata-se de uma forma clara de interventionismo na autonomia"<sup>30</sup>

A falha da meia entrada é do próprio sistema. Não há contrapartida, o benefício é viabilizado por intermédio de transferência de renda, quando se sobe o valor do ingresso inteiro de forma que o sobre preço subsidie o da meia entrada e assim quando maior a adesão ao ingresso da meia entrada, menor vai ser o efetivo desconto e maior será o valor do ingresso inteiro. Ou seja, quem custeia o benefício da meia entrada são os consumidores que pagam a entrada inteira do cinema, cineclubs, teatros, espetáculos musicais e circenses e eventos educativos, esportivos, de lazer e de entretenimento.

### **2.3. Objeto da meia entrada**

A Lei nº 12.933/2013 assegura a entrada a cinema, cineclubs, teatros, espetáculos musicais e circenses e eventos educativos, esportivos, de lazer e de entretenimento. Não há uma diferenciação entre as espécies de espetáculos, todavia os custos deles são diferenciados, ou seja, nos estabelecimentos de cultura e entretenimento os custos marginais de exibição são baixos se comparados ao investimento em criar/montar um espetáculo.

Por outro lado, as empresas que atuam no ramo de entretenimento já dispõem de mecanismos para facilitar o acesso de acordo com a disponibilidade financeira dos consumidores, basta lembrar da divisão em áreas nas peças de teatro ou shows artísticos em camarote, vips e platéia. Elas têm a capacidade de identificar os consumidores elásticos e os inelásticos. Além disso, sem interferência estatal a concorrência entre elas aumenta e para a disputa, podem optar, por exemplo, por um serviço que mais se adapte ao seu tipo de cliente, como ocorre com a concessão de carteiras de fidelização nos programas de milhas das companhias aéreas.

---

<sup>30</sup> Os problemas da meia entrada. Disponível em :< <http://www.usp.br/espacoaberto/?materia=os-problemas-da-meia-entrada>>. Acesso em 05 de jun. de 2018.

### 3. Intervenção do Estado e políticas públicas aplicados ao direito à meia entrada

A Constituição Federal de 1988, denominada constituição cidadã, atuou como marco histórico relativamente à formação de um Estado Democrático de Direito e à garantia de direitos individuais aos cidadãos, os quais foram subdivididos em cinco grupos: direitos individuais e coletivos; direitos sociais, nacionalidade, direitos políticos e partidos políticos.

No caso sob comento, interessa-nos o subgrupo dos direitos sociais.

Tavares conceitua direitos sociais como os “que exigem do Poder Público uma atuação positiva, uma forma atuante de Estado na implementação da igualdade social dos hipossuficientes. São, por esse exato motivo, conhecidos também como direitos a prestação, ou direitos prestacionais”<sup>31</sup>

Silva por outro lado, os define como “prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade”.<sup>32</sup>

Agra e Miranda convergem na identificação do resultado prático esperado dos direitos sociais, pois, o primeiro afirma que “os direitos sociais tencionam incrementar a qualidade de vida dos cidadãos, munindo-os das condições necessárias para que eles possam livremente desenvolver suas potencialidades”<sup>33</sup>, enquanto o segundo conclui que tais direitos visam “promover o aumento do bem-estar social e econômico e da qualidade de vida das pessoas, em especial, das mais desfavorecidas, de operar as necessárias correções das

31 TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 10<sup>a</sup> ed. Rev. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2012, p. 837

32 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32<sup>a</sup> ed. Rev. E atual. – São Paulo: Malheiros Editores, 2009, pp. 286-287.

33 AGRA, Walber de Moura. *Tratado de Direito Constitucional*, v. 1 / coordenadores Ives Gandra da Silva Martins, Gilmar Ferreira Mendes, Carlos Valder do Nascimento. – São Paulo: Saraiva, 2010, p. 515.

desigualdades na distribuição da riqueza e do rendimento".<sup>34</sup>

Os direitos sociais representam, nos termos do artigo 6º da Constituição Federal de 1988, o dever do Estado de adotar medidas para assegurar, no plano prático, o acesso à educação, à saúde, à alimentação, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância e à assistência aos desemparados. Todavia, em que pese a ampla previsão constitucional dos direitos sociais, bem como a responsabilidade estatal devidamente delineada para garantí-los, o que se afere é que, na prática, sua implementação sofre de efetividade, decorrente da escassez de recursos públicos.

Ribeiro destaca que essa carência tanto ocorre no momento da arrecadação, quanto no momento da destinação dos recursos arrecadados<sup>35</sup>, seja pela insuficiência de da primeira, seja pela falta de um planejamento eficiente por parte do Estado ou pelo desvio de verbas ou ainda, pela má gestão dos recursos, e outros fatores, os quais não permitem a efetivação dos direitos sociais, como previstos na Carta Magna.

SARLET assevera que a "simples previsão dos direitos sociais, como postos na norma constitucional, não garante sua efetividade, porquanto a mera positivação não fornece o instrumental necessário para a almejada concretização"<sup>36</sup>

O Estado, então, procura vias alternativas aptas a garanti-los, ao menos de forma satisfatória, e uma dessas vias é transferir para a iniciativa privada os custos da implementação prática daqueles direitos, às vezes com algum benefício em contrapartida, a fim de que realize as políticas públicas que, constitucionalmente, competem ao Estado.

A partir desta conduta, questiona-se os efeitos decorrentes dessa

34 MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV, 3<sup>a</sup> ed. Coimbra: Coimbra Editores, 2000, p. 386.

35 RIBEIRO, Márcia Carla & ROCHA, Lara Bonemer Azevedo. *Transferir custos para o setor privado a fim de realizar direitos à educação e à cultura: uma análise da posição do Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/4470>> . Acesso em 11.09.2018.

36 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 321

prática para a economia e o fato de que a atuação da esfera privada na consecução deste objetivo é complementar e subsidiário.

Há quase um consenso no sentido da necessidade de existência do Estado e sua intervenção na sociedade em áreas consideradas nevrálgicas como a defesa nacional.

Em outras, como a área econômica, discordam os autores quanto à intensidade da intervenção do Estado e quando isto pode ou deve ocorrer. As posições vão desde a “visão do Estado como inimigo da empresa” encontrada frequentemente em publicações de negócios bastante respeitadas<sup>37</sup>, limitando a ação estatal a restritas e determinadas áreas, até ideias de intenso e abrangente paternalismo estatal, como os chamados economistas do bem-estar social que fazem o coroamento do Estado, citados por Simmons e Mitchell<sup>38</sup>. Entre um extremo e outro, Xi Li, Xuewen Liu e Yong Wang<sup>39</sup> afirmam que:

Todas as principais economias emergentes praticam alguma forma de capitalismo de estado, onde o Estado controla uma parte importante da economia, enquanto o setor privado opera em grande parte no mercado livre.

No caso, questiona-se a necessidade de haver intervenção estatal para a criação e concessão da meia entrada e, em caso positivo, se isto deveria ocorrer através de políticas públicas.

Importante salientar que nenhum outro país (seja de primeiro, terceiro mundo ou em desenvolvimento) entendeu necessária a adoção de tal medida, à exceção do Brasil<sup>40</sup>.

Justificou-se, no Brasil, a criação do instituto da meia-entrada por lei federal (Lei n. 12.933/2013)<sup>41</sup>, em razão da previsão constitucional

37 MAZZUCATO, Mariana. *O Estado Empreendedor*. São Paulo: Portfólio Penguin. 2014.p. 42.

38 SIMMONS, Rand T. MITCHELL, Willian. *Para além da política: Mercados, bem-estar social e o fracasso da burocracia*. São Paulo: Topbooks. 2003. p. 33.

39 In *A model of China's State Capitalism*. Disponível em: [http://igov.berkeley.edu/sites/default/files/55.Wang\\_Yong.pdf](http://igov.berkeley.edu/sites/default/files/55.Wang_Yong.pdf). Acessado em 06 jun 2018.

40 ARAÚJO, Jairo. Meia-entrada ou dupla-inteira?. Disponível em: <https://jairoaraujom.jus-brasil.com.br/artigos/116659976/meia-entrada-ou-dupla-inteira>. Acesso em 05 jun 2018.

41 Há também leis estaduais e municipais.

de que “o Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais”<sup>42</sup>, universalizando o acesso aos bens e serviços culturais<sup>43</sup>. Com isto haveria um incentivo estatal à cultura e o acesso a ela por determinados grupos.

Na lei federal, o benefício é restrito a estudantes, idosos, pessoas com deficiência e jovens de 15 a 29 anos, comprovadamente carentes. Nas esferas estadual e municipal abrange também outros grupos.

Há, porém, os que entendem que há violação ao princípio da livre iniciativa (artigos 170 e 174 da Constituição Federal), afirmando que é um caso de fixação de preços pelo Estado, que institui o benefício mas não contribui ou subsidia seu custo, que é suportado pelo promotor de evento, que o repassa aos demais consumidores.

A possibilidade dessa intervenção estatal no caso da meia entrada foi discutida pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, na ADI 1950-3/SP, na qual a Confederação Nacional do Comércio (CNC) questionava a constitucionalidade da Lei n. 7.844/92, do Estado de São Paulo que assegurava aos estudantes o direito ao pagamento da meia entrada, em espetáculos esportivos, culturais e de lazer. Apesar de tratar de norma estadual, a decisão, datada de 03 de novembro de 2015 (portanto anterior à Lei Federal n. 12.933/2013), reconheceu legitimidade da intervenção, conforme se observa abaixo em trecho da ementa:

Se de um lado a Constituição assegura a livre iniciativa, de outro determina ao Estado a adoção de todas as providências tendentes a garantir o efetivo exercício do direito à educação, à cultura e ao desporto [artigos 23, inciso V, 205, 208, 215 e 217 § 3º, da Constituição]. Na composição entre esses princípios e regras há de ser preservado o interesse da coletividade, interesse público primário. O direito ao acesso à cultura, ao esporte e ao lazer, são meios de complementar a formação dos estudantes.

O Ministro Eros Grau, relator do feito, destacou em seu voto:

É certo que a ordem econômica na Constituição de 1988 define

---

42 Artigo 215 da Constituição Federal.

43 Artigo 216-A, §1º, inciso II da Constituição Federal.

opção por um sistema, o sistema capitalista, no qual joga um papel primordial a livre iniciativa. Essa circunstância não legitima, no entanto, a assertiva de que o Estado só intervirá na economia em situações excepcionais. Muito ao contrário. A ordem econômica pode ser definida, enquanto parcela da ordem jurídica, mundo do dever ser, como o sistema de normas que define, institucionalmente, determinado modo de produção econômica. A ordem econômica diretriva contemplada na Constituição de 1988 propõe a transformação do mundo ser. Diz o seu artigo 170 que a ordem econômica (mundo do ser) deverá estar fundada na valorização do trabalho e na livre iniciativa e deverá ter por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados determinados princípios. É Constituição diretriva. Mais do que simples instrumento de governo, a nossa Constituição enuncia diretrizes, programas e fins a serem realizados pelo Estado e para a sociedade, informados pelos preceitos veiculados pelos seus artigos 1º, 3º e 170. Os fundamentos e os fins definidos em seus artigos 1º e 3º são os fundamentos e os fins da sociedade brasileira.

E prosseguiu:

A chamada intervenção do Estado no domínio econômico é não apenas adequada, mas indispensável à consolidação e preservação do sistema capitalista de mercado. Não é adversa à lógica do sistema, que em verdade não a dispensa como elemento da sua própria essência".... Por mais paradoxal que pareça – dizia KARL POLANYI – não eram apenas os seres humanos e os recursos naturais que tinham que ser protegidos contra os efeitos devastadores de um mercado auto-regulável, mas também a própria organização da produção capitalista".... Se de um lado a Constituição assegura a livre iniciativa, de outro determina ao Estado a adoção de todas as providências tendentes a garantir o efetivo exercício do direito à educação, à cultura e ao desporto. Ora, na composição entre esses princípios e regras há de ser preservado o interesse da coletividade, interesse público primário. A superação da oposição entre os desígnios de lucro e de acumulação de riqueza da empresa e o direito ao acesso à cultura, ao esporte e ao lazer, como meio de complementar a formação dos estudantes, não apresenta maiores

dificuldades.

A decisão não foi unânime, pois houve dois votos divergentes dos ministros Marco Aurélio e Cezar Peluso. O primeiro reconheceu a inconstitucionalidade, nos seguintes termos:

Essa forma de dispor, entretanto, com interferência na livre iniciativa, sem uma contrapartida, cumprimentando o Estado – e a premissa é esta – com chapéu alheio, é consentânea com a Constituição Federal? A meu ver, não, por pecar até mesmo no tratamento de desiguais de forma igual, sem distinguir aquele que tem recursos do que não tem para efetuar o pagamento. A norma conflita com fundamento da República, que é a livre iniciativa(art. 174, CF/88).

De outro passo, o Ministro Cezar Peluso pontuou:

Na verdade, essa norma está interferindo em contratos, está tabelando prestações de contratos... Primeiro, o Estado não está proporcionando nada, está obrigando o particular a proporcionar. Segundo, se o argumento fosse verdadeiro, o Estado poderia baixar norma que estatua que menor de doze anos paga dez por cento da mensalidade escolar e outras análogas.

Destarte o Supremo Tribunal Federal, apesar da divergência, reconheceu a possibilidade do Estado intervir na ordem econômica no caso da meia entrada, por meio de uma política pública.

Celina Souza<sup>44</sup> esclarece o que é política pública:

Pode-se, então, resumir política pública como o campo do conhecimento que busca, ao mesmo tempo, “colocar o governo em ação” e/ou analisar esta ação (variável independente) e, quando necessário, propor mudanças no rumo ou curso dessas ações (variável dependente).

E continua:

---

<sup>44</sup> In *Políticas Públicas, uma revisão de literatura*. Sociologias. Porto Alegre: UFRS. Ano 8. N. 16. Jul/dez 2006, p. 26.

Por último, políticas públicas, após desenhadas e formuladas, desdobram-se em planos, programas, projetos, bases de dados ou sistemas de informações.

A meia entrada seria uma política redistributiva, pois aloca bens ou serviços a segmentos específicos da sociedade mediante recursos que são extraídos de outros grupos específicos<sup>45</sup>.

O processo de elaboração de política pública (ou ciclo de políticas públicas), consiste em cinco atividades essenciais, segundo Brancaleon<sup>46</sup>: definição de agenda, formulação, tomada de decisão, implementação e avaliação.

No caso, não se verifica a existência da fase de avaliação, indispensável para análise do instituto suas benesses e externalidades, bem como o cumprimento de suas finalidades.

São poucos os trabalhos sobre o tema sem que se demonstre o efetivo benefício à coletividade (seja no aumento de oferta de eventos culturais ou maior acesso à cultura por parte da coletividade que necessita) ou se efetivamente a intenção de ampliar o acesso à cultura esteja sendo atingido. Nem mesmo da real necessidade dessa transferência de renda a estes grupos (já que abrange também, por exemplo, estudantes de terceiro grau sem distinção de poder econômico).

Ao contrário, em um dos poucos estudos existentes, ainda antes da entrada em vigência da Lei n. 12933/2013, Marco Vinicio Wink Junior, Felipe Garcia Ribeiro, Stefano Florissi e Pedro Tonon Zuanazzi, baseados em dados de Pesquisas de Orçamentos Familiares feitas pelo IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), sobre indivíduos que consumiram algum bem ou serviço cultural no mês de referência concluem que:

Os efeitos da meia entrada sobre a probabilidade de consumo de cultura dos estudantes, no entanto, não são homogêneos quando analisados por características de indivíduos. A lei parece ter afetado

45 BRANCALEON, Brigida Batista e outros. *Políticas Públicas: conceitos básicos*. 2015. Disponível em: [\[https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/303682/mod\\_resource/content/1/MaterialDidatico\\_EAD%2017%2004%202015.pdf\]](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/303682/mod_resource/content/1/MaterialDidatico_EAD%2017%2004%202015.pdf). Acesso em 04 jun 2018.

46 BRANCALEON, Brigida Batista e outros. *op. cit.*

principalmente os estudantes mais jovens, com maior renda e maior escolaridade<sup>47</sup>.

Assim, a falta de informações suficientes dificulta a análise, inclusive, de possível aplicação do que ficou conhecido como o “Teorema de Coase”, em que Coase enuncia que se os agentes envolvidos em externalidades puderem negociar com direitos de propriedades bem definidos, existe uma solução privada para o problema que maximiza o bem-estar social independente de uma ação governamental<sup>48</sup>.

Gonçalves e Guimarães<sup>49</sup> destacam que o Estado só precisa intervir na economia quando ocorre uma falha de mercado, ou seja, quando os mecanismos de mercado, não regulados pelo Estados e deixados livremente ao seu próprio funcionamento, originam resultados econômicos ineficientes ou indesejáveis do ponto de vista social. Via de regra, ela é provocada por imperfeição do mercado, tais como, informação incompleta dos agentes econômicos, custo de transação elevado, existência de externalidades<sup>50</sup>.

Segundo Simmons e Mitchell<sup>51</sup>, respostas políticas normais para supostas falhas de mercado normalmente tornam as coisas piores e os principais problemas advém não de dificuldades do mercado, mas da intervenção política em mercados afora isto robustos.

Inexistindo tais falhas de mercado, os resultados podem ser ainda mais desastrosos.

No caso da meia entrada, o Estado não age, mas apenas e tão-

47 WINK, Marcos Vinicio Junior *et al.* Os efeitos da criação das leis de meia entrada para estudantes sobre o consumo de bens e serviços no Brasil. *Estudos Econômicos*, vol. 46, n. 4, São Paulo, oct/dec.2016. Disponível em : [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0101-41612016000400745](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-41612016000400745), consulta em 09 jun. 2018

48 BRANCALEON, Brígida Batista e outros. *op.cit.*

49 GONÇALVES, Carlos Eduardo S.; GUIMARÃES, Bernardo. *Economia sem Truques: o mundo a partir das escolhas de cada um*. São Paulo: Campus-Elsevier, 2008, 224

50 Externalidade segundo N. Gregory Mankin – Introdução à Economia. Princípios de Micro e Macroeconomia. 2<sup>a</sup> Edição, Editora Campus, 2014, p. 184 - é o “impacto das ações de uma pessoa sobre o bem estar de outras que não participam daquelas ações, se o impacto sobre o terceiro é adverso é denominado externalidade negativa. Se é benéfico, é chamado de externalidade positiva”. Ocorre, v.g., quando alguma empresa ou indústria executa uma ação que gera efeitos positivos ou negativos que vão além de seu cliente ou consumidor final, ou seja, a terceiras pessoas e a sociedade. Sempre é considerada uma falha de mercado.

51 *Para além da política: Mercados, bem-estar social e o fracasso da burocracia*. São Paulo: Topbooks. 2003. p. 34.

somente exige que seja oferecido o desconto pelos promotores de eventos. Tal situação leva Martinelli<sup>52</sup> a afirmar que a meia entrada, sem que haja contrapartidas, “se torna um sistema puro e simples de transferência de renda entre quem se qualifica como beneficiário formal, e quem não se qualifica como beneficiário formal.”

Fica prejudicada a análise mais profunda do dilema gerado, “a menos que saibamos o valor do que é obtido, bem como o valor do que é sacrificado para obtê-lo.”<sup>53</sup>

Há ainda a questão sobre o real objetivo da criação da meia entrada e sua ampliação. Segundo Eduardo Barata, presidente da Associação dos Produtores de Teatro, ao aprovar a Lei 12.933/2013, o Senado tomou uma atitude populista, em véspera de ano eleitoral<sup>54</sup>, demonstrando um dilema entre o benefício para a sociedade e/ou a busca de votos com benefícios eleitorais.

A concessão do benefício a grupos heterogêneos como, por exemplo, alunos de escolas públicas e particulares, de baixa e alta renda e, em casos de legislação estadual, a professores (também de escolas públicas e privadas de qualquer faixa de renda etc) e doadores de sangue, parece reforçar tal ideia.

Verifica-se, portanto, que é prescindível a atuação do Estado na área, em especial sob o prisma do princípio da subsidiariedade de sua atuação frente à livre iniciativa, posto que sequer se demonstra que a meia entrada seja uma forma efetiva de aumentar o acesso à cultura daqueles que não tem condições suficientes.

Mazzucato assevera:

(...) o fato de os mercados serem imperfeitos é visto com a exceção, o que significa que o Estado tem um papel a cumprir – porém não muito interessante. As imperfeições podem surgir por vários

52 MARTINELLI, Carlos. *O Impacto da “meia entrada na precificação de ingressos e no planejamento estratégico de companhias de entretenimento*. Disponível em [[https://docs.google.com/document/d/19\\_68K0aZceOUPU\\_sNQTTLPY3bfu-3mmzvD4dvzWGAFk/pub](https://docs.google.com/document/d/19_68K0aZceOUPU_sNQTTLPY3bfu-3mmzvD4dvzWGAFk/pub)]. Acesso em: 06 jun 2108.

53 COASE, Ronald H. *O problema do custo social*. Disponível em: <<http://docplayer.com.br/278663-O-problema-do-custo-social.html>>. Acesso em 06 jun 2018.

54 MENDES, Priscila. *Senado aprova regulamentação da meia entrada*. Pub. 14 dez 2013. Disponível em <http://g1.globo.com/brasil/noticia/2013/12/senado-aprova-regulamentacao-da-meia-entrada.html>. Acesso em 04 jun 2018.

motivos: a falta de vontade das empresas privadas de investirem em determinadas áreas, como pesquisa básica, nas quais não podem auferir lucros porque os resultados são um bem público acessível a todas as empresas, o fato de as empresas privadas não incluírem o custo da poluição por elas causadas ao fixarem seus preços, ou o fato de que o risco de certos investimentos é alto demais para que uma única empresa possa arcar com ele”.<sup>55</sup>

Por outro lado, Luca, especialista em cinema digital e estudioso da história cinematográfica brasileira, esclarece :

Um engano que se comete com frequência é equiparar o cinema a um serviço público, de interesse coletivo. Essa ideia é consequência do que o cinema significou nas sociedades totalitárias, como nos países comunistas, nazifascistas e, mesmo, nos Estados Unidos, em seus esforços de mobilização para a Segunda Guerra Mundial e, após esta, durante a Guerra Fria, ocasiões em que se utilizou o cinema como instrumento de difusão ideológica. No Brasil, temos uma longa tradição do uso instrumental do cinema a serviço do Estado, iniciado no Estado Novo sob a orientação do DIP (Departamento de Imprensa e Propaganda), que utilizou as salas de exibição, então a principal fonte de lazer da população, para veicular os “jornais da tela”, os quais nada mais eram que propaganda getulista. Iniciou-se aí uma longa série de intervenções nos cinemas, estabelecendo obrigações como a imposição da exibição dos próprios “jornais da tela”, dos curtas-metragens simultaneamente aos longas-metragens, da oferta de meias entradas para determinadas categorias da população e uma cota de tela, que representa a obrigação de se exibirem filmes nacionais em determinado número de dias por ano<sup>56</sup>.

E prossegue:

---

55 MAZZUCATO, Mariana. O Estado empreendedor: desmascarando o mito do setor público vs setor privado. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2014, p. 41-157.

56 DE LUCA, L. G. A.. O mercado de salas de cinema (theatrical). In. Film Business – O negócio do cinema. Adriana Dias e Letícia de Souza Barbosa (orgs.). Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

afirmando que não há respaldo na Constituição de 1988 para a intervenção no mercado cinematográfico, que só é permitida em serviços essenciais e de interesse coletivo.<sup>57</sup>

Assim, é imperativo, como propõe Delgado, um amplo debate social sobre se a motivação explícita da lei (garantir acesso à cultura) justifica uma forma de intervenção estatal indireta nos preços<sup>58</sup>.

#### 4. A discriminação de preço da meia entrada

A discriminação de preços é uma estratégia de precificação microeconômica em que bens ou serviços idênticos ou em grande parte semelhantes são negociados a preços diferentes pelo mesmo fornecedor em diferentes mercados. Ela depende da variação na disposição dos cliente em pagar e na elasticidade de sua demanda. Pode ser: por preço personalizado (*marketing one-to-one*); por versão de produtos (versionamento – preço do menu – linha vertical de preços) ou por, precificação por grupo (dividindo o mercado em segmentos e cobrando um preço diferente para cada seguimento). Essa classificação também pode ser feita por graus, de acordo com a capacidade das partes (consumidores e produtores) em fixar preços diferenciados. Vejamos: a primeira denominada de primeiro grau ou perfeita, consiste na venda de cada unidade de produto ao preço máximo que o consumidor está disposto a pagar por essa unidade; a segunda, de segundo grau, consiste na venda de cada conjunto (ou lote) de unidades a um preço específico, de forma que o preço depende do número de unidades adquiridas. A terceira, consiste em cobrar preços diferentes a grupos diferentes de consumidores. Almeida afirma:

57 *Ob. Cit.*

58 DELGADO, Victor Maia Senna. Efeitos Econômicos da Lei de Meia-Entrada: consequências da meia-entrada para estudantes e não estudantes, uma análise de discriminação de preços do monopólio. Belo Horizonte, 2010. Disponível em : <<http://www.eg.fjp.mg.gov.br/index.php/docman/publicacoes-2010/66-td2-efeitos-economicos-da-lei-de-meia-entrada-consequencias-da-meia-entrada-para-estudantes-e-nao-estudantes-uma-analise-de-discriminacao-de-precos-do-monopolio/file>>. Acesso em 03 de jun. 2018.

O caso da meia-entrada nos cinemas encaixa-se perfeitamente nas condições para que a discriminação de preços em terceiro grau ocorra: “o monopolista vende a pessoas diferentes a diferentes preços, mas que todas as unidades do bem vendidas a determinado grupo são vendidas ao mesmo preço” (VARIAN, 2012). A identificação de cada grupo se dá pela exigência legal de verificação de documentos comprobatórios da elegibilidade ao benefício da meia-entrada.<sup>59</sup>

Desta forma, o Estado brasileiro através da Lei n. 12.933/2013 ao determinar que 40% (quarenta) por cento dos ingressos sejam vendidos pela metade do preço, apresenta um efeito ilusório, porque os promotores de eventos tão somente efetuam uma transferência de renda, um repasse para o valor integral dos ingressos, eles não internalizam o desconto, nem o poder público oferece nenhuma contrapartida financeira. Isso ocorre porque o promotor de eventos specifica o ingresso (considerando o valor dos impostos, lucros, custos de operação e logística e no caso de shows, o cachê pago ao artista) e depois, compensa a meia entrada. Cita-se como exemplo: “se o promotor specificou o ingresso do evento em R\$ 30,00 e estima que metade do público vai ser meia-entrada, automaticamente o ingresso vai ter de custar R\$ 40,00, porque, na média, se vai conseguir um ticket médio de R\$ 30,00”.<sup>60</sup>

Martinelli, economista e pesquisador da USP, frisa:

Então quem paga o ingresso integral acaba pagando mais caro e, quem paga meia tem um desconto efeito de apenas 33% e não de 50%. O sujeito que pagou a inteira, na verdade, está subsidiando a meia entrada.<sup>61</sup>

59 ALMEIDA, Henrique Soares. Política da Meia-Entrada no Brasil: Análise do Problema de maximização do exibidor sob discriminação de preços. UNB, Brasília, 2016, p. 13. Disponível em : < [http://bdm.unb.br/bitstream/10483/13425/1/2016\\_HenriqueSoaresAlmeida.pdf](http://bdm.unb.br/bitstream/10483/13425/1/2016_HenriqueSoaresAlmeida.pdf)>. Acesso em 05 de jun. de 2018.

60 HUFFPOST. A ilusão da meia entrada: Este é o motivo pelo qual você não paga a metade do preço de um ingresso. Disponível em :< >. Acesso em 08 de jun. de 2018.[https://www.huffpostbrasil.com/2017/08/04/a-ilusao-da-meia-entrada-este-e-o-motivo-pelo-qual-voce-nao-p\\_a\\_23063706/](https://www.huffpostbrasil.com/2017/08/04/a-ilusao-da-meia-entrada-este-e-o-motivo-pelo-qual-voce-nao-p_a_23063706/)

61 Ob. Cit.

## 5. Considerações finais

A meia entrada é apresentada inicialmente como uma conquista dos estudantes brasileiros, representando uma significativa redução do valor de ingressos para facilitar e ampliar o acesso à cultura para estes. Foi instituída através de leis (federais, estaduais e municipais), como política pública cultural, sendo ampliada por razões populistas e eleitorais.

No entanto, não se demonstra existir a real necessidade de interferência do Estado na questão. Não somente ante o princípio constitucional da livre iniciativa e do princípio da subsidiariedade estatal, mas também por não existirem critérios ou mesmo estudos demonstrando imprescindibilidade ou mesmo sua viabilidade em atingir o que foi explicitado como sua finalidade.

Ao contrário, nos poucos estudos existentes, feitos com dados de pesquisas públicas, se demonstra que os maiores consumidores culturais que se beneficiam da lei são jovens, com maior renda e escolaridade.

Somados estes argumentos ao fato de que há uma grande ampliação do leque de grupos abrangidos pelo benefício, sem que, em sua maioria, haja qualquer restrição ou mesmo referência à condição econômica, abrangendo estudantes da rede pública e privada e incluindo grupos heterogêneos como doadores de sangue.

A Lei 12.933/2013, por exemplo, foi aprovada em véspera de ano eleitoral, ratificando a ideia de que é uma ilusão populista, porque existiria na forma e não na essência. Uma vez que o Estado não custeia tal benefício, ocorre a transferência direta de rendas porque os promotores de eventos tão somente efetuam um repasse para o valor integral dos ingressos, eles não internalizam o desconto, nem o poder público oferece nenhuma contrapartida financeira. Em verdade, o custeio do restante do valor do meio ingresso passa a integrar sua base de cálculo, fazendo subir o preço do ingresso inteiro, o que como corolário aumenta o valor do meio ingresso.

No ciclo das políticas públicas, verifica-se estar ausente a última fase, de avaliação da política pública adotada, sem que essa seja

implementada, a meia entrada continuará a constituir uma hipocrisia e moeda de barganha para os candidatos, em período eleitoral.

## 6. Referências

ALMEIDA, Henrique Soares. *Política da Meia-Entrada no Brasil: Análise do Problema de maximização do exibidor sob discriminação de preços*. UNB, Brasília, 2016, p. 13. Disponível em : < [http://bdm.unb.br/bitstream/10483/13425/1/2016\\_HenriqueSoaresAlmeida.pdf](http://bdm.unb.br/bitstream/10483/13425/1/2016_HenriqueSoaresAlmeida.pdf)>. Acesso em 05 de jun. de 2018.

ALVES, Fabrício Germano et al. *Fundamentos e Dificuldades da Concretização do Direito à Meia-Entrada Estudantil*. Revista de Filosofia do Direito, do Estado e da sociedade – FIDES, Natal, v. 5, n. 2, p. 229, jul/dez.2014.

AGRA, Walber de Moura. *Tratado de Direito Constitucional*, v. 1 / coordenadores Ives Gandra da Silva Martins, Gilmar Ferreira Mendes, Carlos Valder do Nascimento. – São Paulo: Saraiva, 2010.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ARAÚJO, Jairo. *Meia-entrada ou dupla-inteira?*. Disponível em {<https://jairoaraujom.jusbrasil.com.br/artigos/116659976/meia-entrada-ou-dupla-inteira>}. Acesso em 05 jun 2018.

BRANCALEON, Brigida Batista e outros. *Políticas Públicas: conceitos básicos*. 2015. Disponível em: [[https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/303682/mod\\_resource/content/1/MaterialDidatico\\_EAD%2017%2004%202015.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/303682/mod_resource/content/1/MaterialDidatico_EAD%2017%2004%202015.pdf)]. Acesso em 04 jun 2018.

BRASIL. Câmara Federal. Projeto de Lei n. 4.571, de 2008. Disponível em :< [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarInteira?codteor=1047325&filename=EMC+1/2012+CCJC+%3D%3E+](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarInteira?codteor=1047325&filename=EMC+1/2012+CCJC+%3D%3E+)

PL+4571/2008>. Acesso em 06 jun. 2018.

BRASIL, Lei n. 10.741, de 1º out. 2003. 1.10.2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso.

BRASIL. Lei n. 12.933, de 26 de dez. de 2013. Dispõe sobre o benefício de meia entrada.

CAMPOS, Humberto Alves. *Falhas de mercado e falhas de governo: uma revisão da literatura sobre regulação econômica*. Disponível em: <<https://www.olibat.com.br/documentos/prismas-regulacao-economica.pdf>>. Acesso em 09 de jun. 2018.

COASE, Ronald H. *O problema do custo social*. Disponível em: <<http://docplayer.com.br/278663-O-problema-do-custo-social.html>>. Acesso em 06 jun. 2018.

DE LUCA, L. G. A. *O mercado de salas de cinema (theatrical)*. In. Film Business – O negócio do cinema. Adriana Dias e Leticia de Souza Barbosa (orgs.). Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

DELGADO, Victor Maia Senna. *Efeitos Econômicos da Lei de Meia-Entrada: consequências da meia-entrada para estudantes e não estudantes, uma análise de discriminação de preços do monopólio*. Belo Horizonte, 2010. Disponível em : <<http://www.eg.fjp.mg.gov.br/index.php/docman/publicacoes-2010/66-td2-efeitos-economicos-da-lei-de-meia-entrada-consequencias-da-meia-entrada-para-estudantes-e-nao-estudantes-uma-analise-de-discriminacao-de-precos-do-monopolio/file>>. Acesso em 03 de jun. 2018.

GONÇALVES, Carlos Eduardo S.; GUIMARÃES, Bernardo. *Economia sem Truques: o mundo a partir das escolhas de cada um*. São Paulo: Campus-Elsevier, 2008.

BELLONI, Luiza. Huffpost. *A ilusão da meia entrada: Este é o motivo pelo qual você não paga a metade do preço de um ingresso*. Disponível em : <[https://www.huffpostbrasil.com/2017/08/04/a-ilusao-da-meia-entrada-este-e-o-motivo-pelo-qual-voce-nao-p\\_a\\_23063706/](https://www.huffpostbrasil.com/2017/08/04/a-ilusao-da-meia-entrada-este-e-o-motivo-pelo-qual-voce-nao-p_a_23063706/)>. Acesso

em 08 de jun. de 2018.

LI, Xi; LIU Xuewen; WANG Yong. *A model of China's State Capitalism*. Disponível em: [http://igov.berkeley.edu/sites/default/files/55.Wang\\_Yong.pdf](http://igov.berkeley.edu/sites/default/files/55.Wang_Yong.pdf). Acessado em 06 jun 2018.

MARTINELLI, Carlos E. L. *O impacto da "meia entrada" na precificação de ingressos e no planejamento estratégico de companhias de entretenimento*. Relatório de Pesquisa Ampliado de Conclusão de Curso apresentado ao Departamento de Contabilidade e Atuaria da FEA – USP. Disponível em :< [https://docs.google.com/document/d/19\\_68K0aZceOUPU\\_sNQTtLPY3bfu-3mmzvD4dvzWGAFk/pub](https://docs.google.com/document/d/19_68K0aZceOUPU_sNQTtLPY3bfu-3mmzvD4dvzWGAFk/pub)>, consulta em 08 de jun. 2018.

MAZZUCATO, Mariana. *O Estado empreendedor: desmascarando o mito do setor público vs setor privado*. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2014.

MENDES, Priscila. *Senado aprova regulamentação da meia entrada*. Pub. 14 dez 2013. Disponível em <http://g1.globo.com/brasil/noticia/2013/12/senado-aprova-regulamentacao-da-meia-entrada.html>. Acesso em 04 jun 2018.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV, 3<sup>a</sup> ed. Coimbra: Coimbra Editores, 2000, p. 386.

PAGLIOTO, Bárbara Freitas et al. *Perfil dos frequentadores de atividades culturais: o caso nas metrópoles brasileiras*. Revista de Estudos Econômicos. Vol. 42, n. 04, São Paulo, oct/dec/2012. Disponível em: < [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0101-41612012000400003](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-41612012000400003) >. Acesso em 07 de jun. 2018.

RIBEIRO, Márcia Carla & ROCHA, Lara Bonemer Azevedo. *Transferir custos para o setor privado a fim de realizar direitos à educação e à cultura: uma análise da posição do Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/4470>> . Acesso em 11.09.2018.

RODRIGUES, Eduardo; MIRANDA, Michele. *Meia-entrada: empresários*

*insatisfeitos com a nova legislação.* G1. 05 out 2013. Disponível em : < <https://oglobo.globo.com/brasil/meia-entrada-empresarios-insatisfeitos-com-nova-legislacao-9365019>>. Acesso em 06 jun. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais.* 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* 32<sup>a</sup> ed. Rev. E atual. – São Paulo: Malheiros Editores, 2009

SIMMONS, Rand T. MITCHELL, Willian. *Para além da política: Mercados, bem-estar social e o fracasso da burocracia.* São Paulo: Topbooks. 2003.

SOUZA, Celina. *Políticas Públicas, uma revisão de literatura.* Sociologias. Porto Alegre: UFRS. Ano 8. N. 16. Jul/dez 2006.

TARDÁGUILA, Cristina; BRANDÃO, Liv. *Benefício da Meia-Entrada existe há 80 anos.* Disponivel em :< <https://oglobo.globo.com/cultura/beneficio-da-meia-entrada-existe-ha-80-anos-6927476>> . Acesso em 06 de jun. 2018.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional.* 10<sup>a</sup> ed. Rev. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.

TIEGHI, Ana Luiza. *Os problemas da meia entrada.* Espaço Aberto. Ed. 154. Out 2013. Disponível em :< <http://www.usp.br/espacoaberto/?materia=os-problemas-da-meia-entrada>>. Acesso em 05 de jun. de 2018.

União Nacional dos Estudantes. *Falsificar carteira de estudante é crime e pode dar cadeia de até 5 anos.* Disponível em:< <http://www.une.org.br/noticias/falsificar-carteira-de-estudante-e-crime-e-pode-dar-cadeia-de-ate-5-anos/>>. Acesso em 06 jun. 2018.

WINK, Marcos Vinicio Junior et al. *Os efeitos da criação das leis de meia entrada para estudantes sobre o consumo de bens e serviços no Brasil.* Estudos Econômicos, vol. 46, n. 4, São Paulo, oct/dec.2016. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0101-41612016000400745](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-41612016000400745)>. Consulta em 09 jun. 2018.



**Edson Braz dos Santos**

Pós-graduando em Licitações e Contratos pela Faculdade Polis Civitas. Especialista em Direito para a carreira da Magistratura pela Emeron. Graduado em Direito pela Associação de Ensino Superior da Amazônia e em Matemática pela Universidade Federal de Rondônia - Unir. Servidor efetivo do Poder Judiciário do Estado de Rondônia, atuando na gestão e fiscalização de contratos administrativos de aquisição de bens e serviços. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Civil e Administrativo. (CV-Lattes)

## QUALIFICAÇÃO DOS SERVIDORES DO PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DE RONDÔNIA DESIGNADOS PARA ATUAREM NA FISCALIZAÇÃO DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Edson Braz dos Santos

### RESUMO

O artigo analisa as diretrizes estabelecidas pelo Poder Judiciário do Estado de Rondônia na qualificação de seus servidores designados para atuarem na função de fiscal de contratos administrativo. Discorrendo sobre suas atribuições e responsabilidades disciplinadas em norma interna, orientações da doutrina, jurisprudência e recomendações do Tribunais de Contas da União e do Estado de Rondônia.

**Palavras-chave:** Contrato Administrativo. Fiscal. Qualificação.

### 1. Introdução

A Constituição Federal/88 estabelece em seu artigo 37, XXI, que a Administração Pública deverá nos procedimentos de aquisição, contratação e outros, realizar licitação, obedecer aos princípios de legalidade, imparcialidade, moralidade, publicidade e eficiência e, ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública.

Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, surgiu para regulamentar o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, instituindo normas para licitações e contratos da Administração Pública.

Referida lei trouxe procedimentos à ser observado nos atos de

contratação, estabelecendo responsabilidade aos servidores públicos atuantes nos processos de licitação, os quais deverão atuar nos estritos ditames da Constituição Federal e normas jurídicas correlatas.

Atender à legislação pertinente a contratação pública é um desafio para todos os entes da federação, principalmente, no que se concerne a fiscalização dos contratos administrativos.

Nessa seara o Poder Judiciário do Estado de Rondônia, por meio de Instrução Normativa, estabeleceu o programa de capacitação contínua de gestores e fiscais de contratos, disciplinando ainda as atribuições e responsabilidades dos envolvidos na fiscalização dos contratos.

A dinâmica legislativa para editar leis urge em velocidade que ultrapassa as possibilidades humanas de acompanhamento para um estudo estruturado e por menores, surgindo a necessidade de qualificação para conhecimento específico das inovações legislativas, jurisprudenciais, entendimentos que alterem a fiscalização e que necessitem de melhorias de conhecimento do recurso humano.

## 2. Fundamentação Teórica

Desde a antiguidade clássica ,a palavra licitação tem sido empregada, ora no sentido de cobrir lance, arrematar em leilão, comprar por meio de leilão, ou com o significado de avaliar, estimar. A Constituição Federal/88 estabelece em seu artigo 37,XXI, que a Administração Pública deverá nos procedimentos de aquisição, contratação e outros, realizar licitação, nos seguintes termos:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

...

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições

a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

As obrigações constitucionais para a Administração Pública impõem princípios fundamentais para a correta contratação de bens e serviços.

De acordo com Carvalho (2018, 441),

A Administração Pública possui a tarefa árdua e complexa de manter o equilíbrio social e gerir a máquina pública, composta por seus órgãos e agentes. Por essa razão, não poderia a lei deixar a critério do administrador a escolha das pessoas a serem contratadas, porque essa liberdade daria margem a escolhas impróprias e escusas, desvinculadas do interesse coletivo.

Efetuando uma breve análise dos artigos 1º e 2º da Lei n. 8666/93, licitação é um procedimento administrativo vinculado, mediante o qual a Administração Pública, assegurando iguais oportunidades a todos os interessados, busca, a final, a eleição da melhor proposta para celebração de contrato de seu interesse.

Referida lei trouxe procedimentos à ser observado nos atos de contratação, estabelecendo responsabilidade aos servidores públicos atuantes nos processos de licitação, os quais deverão atuar nos estritos ditames da Constituição Federal e normas jurídicas correlatas.

A atuação dos servidores públicos envolvidos diretamente no procedimento de contratação é fundamental para que sejam atingidos os objetivos e finalidades propostas na licitação.

Desta feita, a própria Lei de Licitações, estabeleceu a necessidade de qualificação dos servidores públicos para atuação na gestão e fiscalização dos contratos.

### 3. Contratos Administrativos

O Estado necessita realizar contratos para a aquisição de bens e serviços para manter o funcionamento da máquina pública, observando os princípios norteadores da Administração Pública, bem como deve propor meios para que os servidores designados para atuar na fiscalização de contratos administrativos possam receber de forma periódica treinamento e qualificação profissional.

O expressivo poder de compra do Estado para a manutenção da máquina pública é alvo de crítica pautada no desvio de finalidade, dado o pouco incentivo de qualificação aos servidores públicos atuantes na função de fiscal dos contratos administrativos. Esse poder de compra estatal faz com que as empresas privadas estejam sempre atenta as mudanças de mercado e na qualificação técnica de seus empregados para atuarem perante a Administração Pública.

Matheus Carvalho (2018, 539) destaca que os contratos administrativos gozam de prerrogativas exclusivas da Administração Pública, nos seguintes termos:

A primeira grande característica, utilizada pela definição dos contratos administrativos é o fato de que estas avenças, regidas pelo direito público, apresentam-se com uma característica singular, qual seja, a possibilidade de haver tratamento desigual entre a Administração (que atua com prerrogativas públicas) e o contratado, a exemplo de haver a possibilidade de a Administração extinguir o contrato unilateralmente.

Essa característica dentre outras inerentes ao poderes da administração decorrem da supremacia do interesse público, a qual prevalece as vontades da Administração em detrimento ao particular. Caracteriza-se um contrato administrativo por ter como conteúdo a execução de um serviço público, pela existência de cláusulas exorbitantes ou por ser assim denominado pela própria lei.

De acordo com Alexandrino (2012, 526),

A prerrogativa, que possui a administração, de controlar e fiscalizar a execução do contrato administrativo é um dos poderes a ela

inerentes e, por isso, a doutrina assevera estar esse poder implícito em toda contratação pública, dispensando cláusula expressa. De qualquer forma, a Lei 8.666/93 expressamente enumera como prerrogativa da administração a fiscalização da execução dos contratos administrativos (art. 58, III).

Esse poder de fiscalizar decorre da obrigação legal da Administração Pública, pautado nos princípios constitucionais e das regras estabelecidas na lei de licitações.

Os contratos administrativos constituem tema medular do Direito Administrativo e, haja vista a substância polêmica que eles encerram, também um dos capítulos mais instigantes dessa área do Direito<sup>1</sup>.

Contrato administrativo é o ajuste que a Administração Pública, agindo nessa qualidade, firma com particular ou outra entidade administrativa para a consecução de objetivos de interesse público, nas condições estabelecidas pela própria Administração. (MEIRELES, 2008).

Administração Pública pode celebrar contratos de direito privado e contratos administrativos. O contrato administrativo consiste em uma relação jurídica decorrente de acordo de vontades firmado pelo Estado, como autoridade, com pessoas jurídicas de direito privado ou de direito público, para o desenvolvimento de finalidades de interesse da coletividade, observando o regime jurídico de direito público.

Matheus Carvalho (2018, 539) ensina que,

Os contratos administrativos são as manifestações de vontade entre duas ou mais pessoas visando à celebração de negócio jurídico, havendo a participação do Poder Público, atuando com todas as prerrogativas decorrentes da supremacia do interesse público, visando sempre à persecução de um fim coletivo. Este contrato é regido pelo direito público, sendo inerentes a ele todas as prerrogativas e limitações de Estado.

É inerente aos contratos administrativos celebrando pela Administração Pública a existência de cláusulas exorbitantes, previstas

<sup>1</sup> D'ALBUQUERQUE, Daniel Martins. Origem da noção de contrato administrativo. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17,n. 3293, 7 jul. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/22163>>. Acesso em: 2 set. 2018.

no artigo 58 da Lei de Licitações, e presentes em todos os contratos administrativos.

A Lei 8.666/93 regulamenta três espécies de contratos administrativos, quais sejam os contratos de execução de obras, os de prestação de serviços, bem como os contratos de fornecimento de bens. Por outro lado, a doutrina e legislação pertinente, apontam a existência de contratos de concessão, permissão de serviços públicos e os contratos de gestão.

A Instrução n. 007/17-PR disciplina a atuação e responsabilidade do fiscal para os contratos de serviços terceirizados, engenharia e de tecnologia da informação e comunicação,

Trazer à baila o conceito de contrato administrativo, sua principal característica é fundamental para atuação do fiscal no âmbito de atuação, bem como as diretrizes básicas de sua atuação e responsabilidades.

#### **4. Designação dos fiscais**

A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes (art. 67, Lei Licitações).

Na interpretação desse dispositivo comprehende-se que a designação de servidor, para atuar como gestor ou fiscal do contrato, é realizada pela autoridade competente da Administração.

Isso decorre do poder hierárquico, uma vez que este possibilita que a Administração organize e distribua funções, estabelecendo a relação de subordinação entre os servidores/empregados do seu quadro de pessoal.

Hely Lopes Meirelles (2008, 124) ensina que,

Pela hierarquia se impõe ao subalterno a estrita obediência das ordens e instruções legais superiores e se define a responsabilidade de cada um. As determinações superiores devem ser cumpridas fielmente, sem ampliação ou restrição, a menos que sejam manifestamente ilegais.

Nesse sentido, prevê o art. 154 da Lei Complementar n. 68/922, que são deveres do servidor a observância das normas legais e regulamentares e a obediência às ordens superiores, exceto quando manifestamente ilegais.

Na ordem constitucional o artigo 5º, em seu inciso II estabelece que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, intitulando como o Princípio de Legalidade.

Há muitos questionamento de servidores quanto a obrigação legal de recusa ao exercício das funções de fiscal de contratos administrativos, e diante da previsão legal, eventual insubordinação nesse sentido poderá implicar na responsabilização funcional do servidor. Assim, diante do descumprimento injustificado aos comandos da autoridade do órgão, caberá à Administração analisar o caso concreto para eleger a consequência cabível.

Por outro lado, a Administração Pública deve propor condições materiais e funcionais para que os servidores tenham segurança em sua atuação na gestão e fiscalização dos contratos administrativos. Assim, a qualificação funcional constitui quesito obrigatório para que a Administração possa exigir de seu representante uma atuação eficiente.

Hely Lopes Meirelles (2008, 231) ensina que:

A fiscalização da execução do contrato abrange a verificação do material e do trabalho, admitindo testes, provas de carga, experiências de funcionamento e de produção e tudo o mais que se relacionar com a perfeição da obra, do serviço ou do fornecimento. A sua finalidade é assegurar a perfeita execução do contrato, ou seja, a exata correspondência dos trabalhos com o projeto ou com as exigências previamente estabelecidas pela Administração, tanto nos seus aspectos técnicos quanto nos prazos de realização, e, por isso mesmo, há de pautar-se pelas cláusulas contratuais, pelas normas regulamentares de serviço e pelas disposições do caderno de obrigações, se existente.

---

2 Dispõe sobre o Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civil do Estado de Rondônia, das Autarquias e das Fundações Públicas Estaduais e dá outras providências, publicada no DOE n. 2674, de 09/12/92 – suplemento 2.

Entra aqui a necessidade de um eficiente serviço de gestão e de fiscalização de contratos, afinal, de nada resolverá uma licitação juridicamente segura e economicamente vantajosa se, na execução, ocorrer o absoluto descontrole.

Nesse contexto os servidores atuantes na função de fiscal de contratos administrativos devem receber, de forma, periódica, qualificação funcional para o melhor desempenho nas atividades de execução, proporcionando ao Poder Judiciário Estadual eficiência nas contratações e aquisições.

Em observância ao disposto no artigo 67 da Lei de Licitações o Poder Judiciário do Estado de Rondônia, institucionalizou de forma precária a figura do Gestor de Contratos, por meio da Instrução n. 3/98-PR, de 02 de junho de 1998. Disciplinou em apenas seis artigos normas gerais de atuação do gestor, destacando que o acompanhamento implicará na melhoria e confiabilidade de todas as fases de execução do contrato, determinando o que for necessário ao fiel cumprimento do contrato e regularização das faltas ou defeitos observados.

A figura do Fiscal do Contrato, no âmbito do Poder Judiciário Estadual, foi criada por meio da Instrução n. 1/2009-PR, de 29 de janeiro de 2009, tendo como função primordial subsidiar o gestor do contrato. Na nova Instrução houve um avanço significativo para atuação do gestor e fiscal do contrato, no entanto, disciplinou de forma explícita tão somente as atribuições do gestor.

Art. 2º Fiscal de Contrato, doravante denominado Fiscal, representante da Administração especialmente designado ou pessoa física ou jurídica contratada, tem a atribuição de subsidiar o Gestor em suas funções e de comunicar todas as ocorrências que possam prejudicar a execução do contrato.

Parágrafo único. A indicação do Fiscal deverá ocorrer no Projeto Básico/Termo de Referência ou quando a Administração achar conveniente.

No direito as normas gerais passam por alterações com velocidades exorbitantes, principalmente no que concerne à

<sup>3</sup> Alnstrução n. 1, de 29 de janeiro de 2009, publicada no Diário da Justiça n. 20, de 30 de janeiro de 2009, revogou a Instrução n. 3/98-PR.

Administração Pública. O Poder Judiciário Estadual diante das novas realidades jurisprudenciais e recomendações dos órgãos de controle externo, editou a Instrução n. 007/2017-PR4, na qual dispõe sobre as atribuições e responsabilidades dos gestores e dos fiscais de contratos firmados pelo Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia.

Art. 1º As atribuições e responsabilidades concernentes à gestão e à fiscalização dos contratos firmados pelo Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia(TJRO) observarão o disposto na presente Instrução.

Referida norma teve uma preocupação maior com a atuação do gestor e fiscal dos contratos estabelecendo o Programa de Capacitação Continua de Gestores e Fiscais de Contratos.

## **5. Programa de qualificação de fiscais de contratos administrativos no âmbito do Poder Judiciário Estadual**

A formação pessoal dos fiscais de contratos é obrigação legal para o atingimento dos objetivos da licitação. Ronny Charles enfatiza essa obrigação nos seguintes termos:

É muito importante que o servidor responsável pela gestão ou pela fiscalização do contrato seja qualificado e capacitado para exercer tal função. Infelizmente, alguns órgãos, muitas vezes por carência de pessoal, outras por motivos inconfessáveis, preferem a indicação de servidores que pouco conhecem a matéria, verdadeiramente incapazes de realizar os devidos questionamentos e a competente fiscalização e acompanhamento da execução contratual (2015, p. 348).

A norma editada pelo Poder Judiciário Estadual disciplina de forma ordenada regras gerais de gestão e fiscalização dos contratos e de forma minuciosa as atribuições de gestor e fiscal dos serviços terceirizados, contratos de engenharia, contratos de tecnologia da

<sup>4</sup> Revogou a Instrução n. 1/2009, e foi disponibilizada no Diário da Justiça Eletrônico n. 9, de 26 de maio de 2017, p. 1 a 14.

informação e comunicação, bem como o programa de capacitação contínua de gestores e fiscais de contratos.

No artigo 23 da Norma Interna disciplina que:

Art.23. Os gestores e fiscais de contratos devem ser permanentemente atualizados, capacitados e treinados em face, dentre outros, da evolução legislativa, do mercado, da técnica e das boas práticas, tendo em vista resguardar os interesses da Administração e zelar pela regularidade dos procedimentos e metodologias de atuação.

§ 1º Para atendimento do caput deste artigo, fica aos cuidados da Escola da Magistratura do Estado de Rondônia (Emeron) a elaboração de Programa de Capacitação Contínua de Gestores e Fiscais de Contratos do PJRO, para execução a cada exercício financeiro, devendo o programa ser submetido à Presidência no prazo de 120 (cento e vinte) dias, contados a partir da publicação desta Instrução.

§ 2º A elaboração do Programa de Capacitação Contínua de Gestores e Fiscais deverá levar em consideração os seguintes parâmetros, em rol exemplificativo:

- a) simplificação e desburocratização de procedimentos;
- b) elaboração participativa, em consenso com as Unidades Gestoras de Contratos no âmbito do PJRO;
- c) qualidade das capacitações, cursos e treinamentos;
- d) objetividade, razoabilidade e proporcionalidade, tendo em vista atender a demanda de capacitação conforme a respectiva necessidade e adequação, moralizando os gastos públicos, mas sem desprestigar a qualidade;
- e) planejamento orçamentário para execução a cada exercício financeiro, de forma a assegurar a continuidade das capacitações;
- f) eficiência, eficácia e efetividade.

§ 3º Semestralmente, em janeiro e julho de cada exercício, a DIC encaminhará à Emeron relação dos Gestores e Fiscais para fins de capacitação.

A expertise na fiscalização dos contratos administrativos tem como fundamento o artigo 67 da Lei de Licitações atrelado aos princípios

que regem a Administração Pública, destacando o foco na eficiência, eficácia e efetividade.

O acompanhamento eficiente dos contratos administrativos é fator fundamental para o alcance dos melhores resultados da contratação. Para isso, o fiscal ou gestor do contrato deve ter conhecimento preciso das regras jurídicas e procedimentais que regulam a execução contratual, bem como ter clareza sobre as suas responsabilidades e competências nas variadas situações que podem se apresentar durante a execução do contrato.

O Tribunal de Contas do Estado de Rondônia, no julgamento do Processo n. 4.120/2016-TCE/RO5, determinou ao Chefe do Poder Executivo Municipal de Porto Velho, que adote medidas para sanar diversas irregularidades, dentre as quais ausência de normatização/orientação que discipline a fiscalização do serviço de transporte escolar e inexistência de avaliação de controle de qualidade do serviço ofertado.

Desta feita, cabe ao Administrador, gerir a res publica da melhor maneira possível, atendendo aos princípios norteadores da Administração Pública, como o da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, dentre outros, mas conduzindo, qualificando e possibilitando meios para que o seu capital humano possa exercer o seu mister por mais singelo que seja, sob pena de ser responsabilizado pelos órgãos de controle<sup>6</sup>.

O Tribunal de Contas da União, recomendou que para o disposto no artigo 67 da Lei n. 8.666/3 proceda à indicação de servidor para acompanhar a fiscalizar contratos sob sua responsabilidade, destacando que, de preferência, a fiscalização deveria ser feita por técnico da área da qual está sendo executado o serviço, tendo em vista que o atesto por alguém sem o devido conhecimento pode gerar prejuízo à Administração Pública (Acórdão n. 4/2006 – 1<sup>a</sup> Câmara).

Um dos grandes equívocos cometidos por aqueles que designam fiscais de contratos e, até mesmo, pelos próprios designados é

5 10<sup>a</sup> Sessão Ordinária – Tribunal Pleno – de 22 de junho de 2017.

6 PINTO, Ives Samir Bittencourt Santana. Da necessidade de qualificação dos servidores para uma efetiva fiscalização dos contratos administrativos. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 16, n. 3101, 28 dez. 2011. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/20740>>. Acesso em: 2 set. 2018.

pensar no desempenho da função como ato de simples condução. Ao contrário, o servidor encarregado deve ser detentor de conhecimento apurado da legislação e da jurisprudência que norteiam a temática das licitações públicas, bem como das especificidades técnicas inerentes ao objeto contratado.

No mesmo sentido o Plenário do TCU, por meio do Acórdão 1007/2018, deliberou:

9.3. Determinar ao Hospital Universitário Clementino Fraga Filho que elabore, sob supervisão da Universidade Federal do Rio de Janeiro, plano de ações, com prazos, metas e responsáveis, com vistas a equacionar definitivamente as disfunções e deficiências identificadas no âmbito do Serviço de Licitações e Contratos e que levaram ao uso excessivo de dispensas emergenciais de licitação, com inclusão de medidas como as seguintes, se ainda não implementadas:

...

9.3.2. Adoção de programa continuado de treinamentos dos profissionais que atuam na área e em outras unidades correlatas, inclusive quanto ao correto uso dos sistemas operacionais aplicáveis;

O Relatório Técnico que auxiliou na decisão proferida pelo Acórdão supra mencionado, destaca que muito embora o responsável demonstre suposto aprimoramento quanto à reestruturação do setor e otimização dos processos internos, não ficou demonstrada efetiva implementação de suas rotinas, haja vista as dispensas de licitação em caráter emergencial terem ocorrido de forma recorrente e sistemática para municiar o hospital de boa parte dos insumos necessários à prestação dos serviços assistenciais de saúde, assim como caracterizam tais contratações a prática adotada pela unidade hospitalar de se valer costumeiramente, para prover o suprimento rotineiro de insumos, de dispensas emergenciais, em vez de promover os competentes certames licitatórios.

A prática administrativa, com o aumento da complexidade das relações contratuais pactuadas pelo Poder Público, vem exigindo que esse acompanhamento seja dividido em funções de gestão e de fiscalização.

De acordo com Torres (2015, 642),

O Gestor do Contrato coordena e comanda a execução do contratual, representando a Administração na tomada de decisões. Em contratos mais complexos, a função de fiscalização pode ser dividida entre o fiscal técnico, fiscal administrativo e fiscal operacional do contrato, podendo esta descentralização de funções chegar a níveis mais detalhado.

Nos termos do artigo 2º da Instrução n. 001/2017-PR a figura do gestor e fiscal ficou descentralizada da seguinte forma:

IV -Gestor de Contrato: servidor, vinculado ao TJRO, designado pela autoridade competente para acompanhar a execução dos contratos firmados pelo Tribunal e promover as medidas necessárias à fiel execução das condições previstas no ato convocatório e no instrumento de contrato;

...

V - Fiscal do Contrato: servidor do PJRO designado para acompanhar e fiscalizar a execução do contrato nos aspectos operacionais, técnicos e administrativos, dentre outros, sendo que, a depender da complexidade da contratação ou de outros fatores devidamente descritos no termo de referência ou projeto básico, a fiscalização de um mesmo contrato poderá ser distribuída a pessoas distintas, para atuarem como fiscal demandante, fiscal de obra, fiscal técnico, fiscal administrativo ou outro fiscal com atribuições específicas;

VI - Fiscal Demandante/Fiscal de Obra: servidor do PJRO designado para acompanhar e fiscalizar a execução do contrato nos aspectos operacionais, incluindo a fiscalização “in loco”;

VII - Fiscal Administrativo: servidor do PJRO designado para acompanhar e fiscalizar a execução do contrato nos aspectos administrativos, conforme as rotinas e procedimentos estabelecidos pelo PJRO e as cláusulas do contrato ou instrumento equivalente;

VIII - Fiscal Técnico: servidor do PJRO designado para acompanhar e fiscalizar a execução do contrato nos aspectos técnicos, conforme o respectivo regramento técnico aplicável;

É importante que a fiscalização seja efetiva. Por conta disso, o TCU tem recomendado que nas contratações de serviços relativos à tecnologia da informação, sejam estabelecidos mecanismos para que a fiscalização seja realizada com participação das áreas administrativas e de tecnologia da informação, bem como dos setores requisitantes dos serviços (TCU – Acórdão n. 1.453/2009-Plenário)7.

Ronny Charles destaca que cada unidade deve regular a atuação do gestor e fiscal de acordo com sua realidade, e a necessidade de qualificação dos envolvidos:

Importante ponderar que a utilização dessas funções está relacionada às atividades complexas, de maneira que, em contratações mais simples, é comum a utilização apenas de um fiscal. Ademais, algumas unidades Administrativas regulam de forma diversa, a atuação do gestor ou fiscal, adaptando essas funções às peculiaridades locais. De qualquer forma, é muito importante que o servidor responsável pela gestão ou pela fiscalização do contrato seja qualificado e capacitado para exercer tal função. Infelizmente, alguns Órgãos, muitas vezes por carência de pessoal, outras por motivos inconfessáveis, preferem a indicação de servidores que pouco conhecem a matéria, verdadeiramente incapazes de realizar os devidos questionamentos e a competente fiscalização e o acompanhamento da execução contratual. (2015, p. 642)

A descentralização dos fiscais, por meio de suas habilidades e competências, da forma definida na norma interna do Poder Judiciário Estadual, possibilita a identificação do responsável por cada etapa do processo de fiscalização, podendo haver auxílio recíproco dos envolvidos caso haja necessidade de conhecimento técnico.

Ao se dividir a atividade de fiscalização, continua-se a ter um fiscal único para cada particularidade do contrato. Assim, por exemplo, em um contrato de obras a fiscalização das etapas técnicas sejam executadas por engenheiro (encarregado da fiscalização técnica), enquanto que a parte administrativa do contrato seja realizada por

7 TORRES, Ronny Charles Lopes de. Leis de licitações públicas comentadas. 7. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2015, p. 588.

servidor detentor de formação acadêmica mais afeta à esta seara (contador, advogado, economista, administrador, etc.).

A norma estabelecida pelo Poder Judiciário Estadual preconiza o programa de capacitação contínua de gestores e fiscais de contratos, além de outras definições, sendo necessário ainda uma pesquisa quanto ao seu efetivo cumprimento e os resultados alcançados<sup>8</sup>.

## 6. Atribuições e responsabilidades do fiscal

A fiscalização da execução do contrato consistem na verificação da conformidade da prestação dos serviços e da alocação dos recursos necessários, de forma a assegurar o perfeito cumprimento do contrato, devendo ser exercido pelo gestor do contrato, que poderá ser auxiliado pelo fiscal técnico e fiscal administrativo do contrato, conforme estabelecido no art. 31 da Instrução Normativa n. 5, de 26 de maio de 2017, editada pelo Tribunal de Contas da União.

O fiscal deve acompanhar a execução do contrato e de seus aditivos, zelando por seu fiel cumprimento, de forma que o objeto seja entregue dentro do custo e prazo estabelecidos, e com a qualidade desejada, bem como subsidiar o gestor em suas funções, emitir relatórios, realizar verificação in loco, apontar as irregularidades, avaliar a qualidade dos bens ou serviços, verificar a regularidade fiscal, trabalhista e previdenciária, dentre outras, conforme disciplina o artigo 12 e seguintes da Instrução n. 007/17-PR.

Art. 12. O fiscal deve acompanhar a execução do contrato e de seus aditivos, zelando por seu fiel cumprimento, de forma que o objeto seja entregue dentro do custo e prazo estabelecidos, e com a qualidade desejada, bem como:

<sup>8</sup> Pormeio de solicitação formal a EMERON, registrada no SEI n. 0017579-04.2018.8.22.8000 foi requerido o Programa de Capacitação Contínua de Gestores e Fiscais de Contratos do PJRO, relação de cursos oferecidos voltados para Gestores e Fiscais de Contratos (2017-2018), quantitativo de participantes, dentre outras. Porém até a finalização deste trabalho não houve resposta.

Ronny Charles ensina que a fiscalização abrange tanto a identificação de falhas na execução, como também, ao resultado alcançado.

Outrossim, em contratações de serviços ou mesmo em aquisições, as anotações do fiscal sobre irregularidades cometidas devem ser registradas formalmente. O representante da Administração deve promover o registro das ocorrências verificadas, adotando as providências necessárias ao fiel cumprimento das cláusulas contratuais (2015, p. 644)

Embora seja admitida a contratação de terceiros, a função destes deverá ser, no máximo de assessoramento técnico do fiscal do contrato. Não se admite a terceirização da função de fiscal do contrato. Neste sentido o TCU tem criticado a indicação de terceirizado para o exercício do encargo de fiscal de contrato (TCU – Acórdão n. 3.464/2007 – 2<sup>a</sup> Câmara).

Essa formação inicial dos servidores é essencial para que futuramente não seja penalizado no exercício de funções. Nesse sentido a Lei Complementar 68/92 estabelece que o servidor responde civil, penal e administrativamente pelo exercício irregular de suas atribuições.

Art. 160. O servidor responde civil, penal e administrativamente pelo exercício irregular de suas atribuições.

Art. 161. A responsabilidade civil decorre de procedimento doloso ou culposo que importe em prejuízo do patrimônio do Estado ou terceiros.

Art. 162. A responsabilidade penal abrange os crimes e contravenções imputados ao servidor, nessa qualidade.

Art. 163. A responsabilidade administrativa resulta de ato omissivo ou comissivo praticado no desempenho de cargo ou função.

Art. 164. A responsabilidade administrativa não exime a responsabilidade civil ou criminal, nem o pagamento da indenização elide a pena disciplinar.

Assim, se for constatado que o fiscal de contratos administrativos

agiou em desconformidade com seus deveres funcionais, descumprindo regras e ordens legais ou se omitindo do desempenho de suas atribuições de fiscalizador, o servidor estará sujeito a responsabilização e a possível penalidade.

A Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992, conhecida como a Lei de Improbidade Administrativa estabelece em seu artigo 9º:

Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente:

...

VI - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para fazer declaração falsa sobre medição ou avaliação em obras públicas ou qualquer outro serviço, ou sobre quantidade, peso, medida, qualidade ou característica de mercadorias ou bens fornecidos a qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

A Lei de Licitações estabelece em seu corpo as diretrizes para a atuação do gestor e fiscal do contrato, com as respectivas penalidades, reforçando o crime intitulado no artigo 9º da Lei de Improbidade Administrativa.

A atuação do Poder Judiciário na aplicação das penalidades em âmbito criminal têm demonstrado à sociedade a importância de um acompanhamento sério pelo fiscal do contrato.

Nesse sentido:

Apelação criminal. Crime de responsabilidade. Licitação. Fraude. Elemento subjetivo. Dolo. Configuração.

Os crimes de responsabilidade definidos no DL 201/67 demandam a comprovação do dolo do agente. Demonstrada, por meio de fártas provas documentais e testemunhais, a existência de fraude à licitação, com a certificação de conclusão de obra inacabada e a realização do seu integral pagamento, configurado está o elemento subjetivo do delito, com o desiderato de desviar verbas públicas.

Negado provimento ao recurso.

Apelação, Processo nº 0020073-91.2006.822.0002, Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, 1ª Câmara Especial, Relator(a) do Acórdão: Des. Odivanil de Marins, Data de julgamento: 14/09/2017. Apelação. Improbidade Administrativa. Não conhecimento de recurso. Licitação montada. Anulação administrativa. Efeitos. Pagamento feito de forma ilícita.

...

3. Autorização legislativa de pagamento, em razão da natureza, não vincula o prefeito, tampouco o exime, como gestor, de responsabilidade pelo pagamento feito ao arrepio da Lei de Licitações.

4. O gestor está vinculado aos princípios da legalidade, moralidade e razoabilidade, o que, convenha-se, lhe impede reconhecer dívida relativa à venda concretizada à margem da lei, mesmo que precedida de autorização legislativa.

Apelação, Processo nº 0000370-67.2012.822.0002, Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, 1ª Câmara Especial, Relator(a) do Acórdão: Des. Gilberto Barbosa, Data de julgamento: 24/02/2017

Nos termos do artigo 22 da Instrução n. 001/2017-PR poderá ensejar a responsabilidade dos gestores e fiscais:

Art. 22. A inobservância da presente Instrução poderá ensejar responsabilização administrativa, cível ou criminal, conforme o respectivo enquadramento legal, observada a ampla defesa e o contraditório.

A Lei 8.666/93, em seu artigo 82, faz previsão expressa sobre a possibilidade de responsabilizar os agentes:

Art. 82. Os agentes administrativos que praticarem atos em desacordo com os preceitos desta Lei ou visando a frustrar os objetivos da licitação o sujeitam-se as sanções previstas nesta Lei e nos regulamentos próprios, sem prejuízo das responsabilidades civil e criminal que seu ato ensejar.

A legislação é farta na imputação de responsabilidades civil, criminal e administrativa do servidor no execução de suas atribuições

funcionais e no desempenho da função de fiscal de contrato administrativo. O Código Penal Brasileiro, a título de exemplo, preceitua os Crimes Praticados por Funcionário Público contra a Administração em Geral.

As decisões do Tribunal de Contas do Estado de Rondônia, não têm passado despercebidas aos ditames de sua missão institucional, ao realizar a auditoria para aferir a regularidade na execução contratual de fornecimento de refeições prontas às unidades prisionais de Guajará-Mirim, objeto do Processo n. 00970/15 - TCE-RO, determinou à Secretaria Geral de Controle Externo que leve em consideração, nas futuras fiscalizações a serem realizadas na SEJUS, o necessário acompanhamento do fiel cumprimento dos cardápios aprovados, de forma que o acompanhamento seja realizado em períodos regulares, direta e pessoalmente nas unidades prisionais, com a produção de relatórios, bem como o estrito cumprimento do Manual de Alimentação por parte da empresa fornecedora da alimentação.

A importância do desempenho da função de fiscal de contratos foi debatido no julgamento da ADC 16, de 2010, pelo STF, com a sequente declaração de constitucionalidade do § 1º do artigo 71 da Lei n. 8.666/93, excluindo a responsabilidade subsidiária do Estado pelos débitos trabalhistas da empresa. Ocorre que, se o não pagamento aos empregados não for fiscalizado pelo ente público, daí surge a responsabilidade por omissão<sup>9</sup>.

Com esse entendimento o pleno do Tribunal Superior do Trabalho (TST) consolidou o posicionamento anterior em relação ao enunciado de sua Súmula 331, votando alterações que se fizeram adequadas ao entendimento da ação constitucional.

Alterações da Súmula 331. Nova redação do item IV. Acrescenta os itens V e VI. **CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE.**

<sup>9</sup> No julgamento do RE 760931/DF, em 2017 o Plenário da Suprema Corte, por 6 votos a 5 "Anotou que a imputação da culpa "in vigilando" ou "in elegendo" à Administração Pública, por suposta deficiência na fiscalização da fiel observância das normas trabalhistas pela empresa contratada, somente pode acontecer nos casos em que se tenha a efetiva comprovação da ausência de fiscalização. Nesse ponto, asseverou que a alegada ausência de comprovação em juízo da efetiva fiscalização do contrato não substitui a necessidade de prova taxativa do nexo de causalidade entre a conduta da Administração e o dano sofrido."

IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V – Os entes integrantes da administração pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n. 8.666/93, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação.

Esse novo entendimento do TST não é unânime na doutrina, tendo como fundamento violação da decisão do STF, ora em comento, a qual possui elementos suficientes para um estudo mais aprofundado da responsabilidade do gestor e fiscal que tenha agido por dolo ou culpa.

Por fim, a fiscalização é exercida necessariamente por servidor especialmente designado como representante da Administração, como preceitua a lei, e cuidará pontualmente das particularidades da execução de cada contrato, no estrito atendimento à especificidade do objeto contratado, conforme a redação do art. 67 da Lei 8666/93, adotando-se as diretrizes estabelecidas na norma interna do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, Instrução n. 007/17-PR, e demais normas legais.

## 7. Conclusão

Buscou-se por meio de referências bibliográficas e jurisprudenciais a importância de qualificação dos servidores que atuam na fiscalização dos contratos administrativos, no âmbito do Poder Judiciário do Estado de Rondônia.

Demonstrando a evolução das normas internas de regulamentação

da atuação dos gestores e fiscais de contratos, ficando registrado que a fiscalização do contrato administrativo não é uma mera opção discricionária da autoridade administrativa. Trata-se de um poder-dever. A lei impõe a obrigação de acompanhamento e fiscalização da execução do ajuste por uma pessoa especialmente designada pela Administração.

O preparo intelectual dos servidores públicos na fiscalização dos contratos administrativos é primordial para a Administração Pública, no intuito de atingir os objetivos e finalidades propostas na licitação.

O fiscal do contrato público tem papel fundamental para assegurar que seja efetivamente entregue o que foi contratado pelo poder público, sob pena de ser responsabilizado civil, penal e administrativamente.

Os Órgãos de Controle Externo, no exercício de suas funções institucionais, têm deliberado de forma mais impositivas aos demais órgãos fiscalizados.

Na atual conjuntura do Estado de Rondônia, o Poder Judiciário Estadual, editou norma interna estabelecendo o programa de capacitação contínua de gestores e fiscais de contratos, além de outras definições, sendo necessário ainda uma pesquisa quanto ao seu efetivo cumprimento.

A capacitação não é apenas um poder, mas principalmente um dever do Administrador, pois uma equipe motivada e capacitada indica no bom controle administrativo na condução dos procedimentos administrativos, com vistas à uma fiscalização mais proativa, na prevenção de recebimento de objeto diverso do contratado no exato intento perseguido pela Lei de Licitações.

## 8. Referências

BRASIL. Constituição de 1988. Constituição da República Federativa Brasil de 05 de outubro de 1988. Disponível em <http://www>.

planalto.gov.br/ccivil\_03/constituicao/constituicao.htm . Acesso em agosto/2018.

BRASIL. 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/ccivil\\_03/leis/L8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm). Acesso em agosto/2018.

ALEXANDRINO, Marcelo e PAULO, Vicente. Direito administrativo descomplicado. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2012.

ANDRADE, Flávia Cristina Moura e PAVIONE, Lucas dos Santos. Improbidade administrativa. 2. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2011.

CARVALHO. Matheus. Manual de direito administrativo. 5. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018.

CARVALHO FILHO. José dos Santos. Manual de direito administrativo. 30. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

D'ALBUQUERQUE, Daniel Martins. Origem da noção de contrato administrativo. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17,n. 3293, 7 jul. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/22163>>. Acesso em: 2 set. 2018.

GASPARINI, Diógenes. Direito administrativo. 11. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 19. Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. Leis de licitações públicas comentadas. 7. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2015.

VARESCHINI, Julieta Mendes Lopes. Licitações públicas. Coleção JML consultoria. 3. ed. Curitiba: Ed. JML, 2014.



### **Neli da Conceição Araújo Mendes da Cunha Oliveira**

Especialista em Geoprocessamento pela Ulbra de Porto Velho. MBA em Gerenciamento de Projetos de TI pelo Instituto de Gestão e Tecnologia da Informação de Minas Gerais. Servidora do Tribunal de Contas do Estado de Rondônia, lotada na Secretaria Estratégica de Tecnologia da Informação e Comunicação. Tem experiência na área de Ciência da Computação, com ênfase em Sistemas de Informação. (CV-Lattes).

## **OPORTUNIDADES DE MELHORIAS NO CENÁRIO ATUAL DO GERENCIAMENTO DE PROJETOS DE TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO EM ORGANIZAÇÕES PÚBLICAS NO MUNICÍPIO DE PORTO VELHO**

Neli da Conceição Araújo Mendes da Cunha Oliveira

### **RESUMO**

O gerenciamento de projetos é o ramo da ciência da administração que tem se tornado cada vez mais essencial na tecnologia da informação em todas as organizações. No tocante ao setor público, estudos apontam um aumento na adoção de práticas e processos que promovam melhorias e alcance de resultados mais efetivos e que as práticas de gerenciamento de projetos de tecnologia da informação contribuem no aprimoramento desse setor, gerando benefícios relacionados ao controle de prazos e custos, bem como a utilização dos recursos. Apesar disso, o número de projetos dessa área concluídos com sucesso é muito baixo. O objetivo principal deste estudo consistiu em identificar oportunidades de melhorias e benefícios que podem ser introduzidos em organizações públicas de Porto Velho com a adoção de métodos e práticas de gerenciamento de projetos. Para isso, investigou-se o cenário atual da aplicação de métodos e práticas de gerenciamento de projetos de tecnologia da informação nessas organizações. Este estudo caracteriza-se como uma pesquisa de natureza básica. Quanto ao tipo de pesquisa, trata-se de pesquisa exploratória e descritiva. Quanto à abordagem da pesquisa, trata-se de uma pesquisa quantitativa. Quanto aos procedimentos metodológicos classifica-se como bibliográfica e levantamento de dados através de questionário. Como resultado final da análise do cenário apresentado através do questionário, foi possível identificar 11 possibilidades de implementação de melhorias nos processos das organizações, cuja adoção podem auxiliar no alcance de mais benefícios e correção e/ou diminuição de problemas enfrentados no gerenciamento de projetos

de TI desses órgãos.

**Palavras-chave:** Gerenciamento de projetos. Tecnologia da informação. Implementação de melhorias. Setor público.

## ABSTRACT

Project management is the branch of management science that has become increasingly essential in information technology across organizations. With regard to the public sector, studies point to an increase in the adoption of practices and processes that promote improvements and achieve more effective results, and that the practices of project management information technology contribute in the improvement of this sector, generating benefits related to the control of deadlines and costs, as well as the use of resources. Despite this, the number of successful projects in this area is very low. The main objective of this study was to identify the opportunities for improvements and benefits that can be introduced in public organizations of Porto Velho with the adoption of methods and practices of project management. For this, the current scenario of the application of methods and practices of management of projects of information technology in these organizations was investigated. The present study is characterized as a basic research. The objectives are exploratory and descriptive. Regarding the problem approach in quantitative research. As for the methodological procedures, it is classified as bibliographical and data collection through a questionnaire. As a final result of the analysis of the scenario presented through the questionnaire, it was possible to identify 11 possibilities of implementing improvements in the organizations' processes, whose adoption can help to achieve more benefits and correction and / or decrease of the problems faced in the management of IT projects of these organs.

**Keywords:** Project management; Information technology; Implementation of improvements; Public sector.

## 1. Introdução

A Tecnologia da informação (TI) assume na atualidade o papel de elemento estratégico nas organizações. Entretanto, apesar dos esforços e investimentos em fortalecer os serviços de TI, o número de projetos dessa área concluídos com sucesso é muito baixo, conforme aponta pesquisa periódica realizada pelo *The Standish Group International* (STANDISH GROUP, 2014).

O relatório da pesquisa publicado em 2014, que tem como base os projetos de ambientes de TI e projetos de software reais, de qualquer setor, indica que a taxa de sucesso nos projetos de TI nos anos de 2009 a 2013 manteve-se linear, com pequenos aumentos e diminuições, passando de 36% em 2009, para 38% em 2010,

37% em 2011, 41% em 2012 e 36% em 2013. O percentual de projetos que tiveram algum tipo de atraso ou aumento no orçamento ou foram entregues com menos do que as funções necessárias teve um pequeno aumento, passou de 44% em 2009 para 48% em 2013. Quanto aos projetos cancelados, o percentual diminuiu para 16% em 2013 em relação aos 20% de 2009 (STANDISH GROUP,2014).

O gerenciamento de projetos tem se tornado cada vez mais essencial na TI em todas as organizações, sejam elas públicas ou privadas.

No que se refere ao setor público no Brasil, o Tribunal de Contas da União (TCU) realiza levantamentos para avaliar a situação da governança e da gestão de TI na Administração Pública Federal (APF). Um dos aspectos avaliados diz respeito ao gerenciamento de projetos de TI. Os resultados da pesquisa do TCU demonstram um aumento na adoção de processos de gestão de projetos. A título de comparação, no ano 2010, 30% de 301 das instituições avaliadas adotavam processos de gestão de projetos baseado em padrão (interno ou de

mercado) em seus projetos de TI. Em 2012, o percentual foi de 42% de 350 instituições. Em 2016, o percentual foi de 64% de um total de 368 organizações (BRASIL, 2012, 2017).

O estudo conduzido por Medeiros, Danjour e Sousa Neto (2017), com base nos dados levantados realizado pelo TCU, demonstrou em seus resultados que as questões relacionadas às práticas de gerenciamento de projetos vêm contribuindo no aprimoramento do setor público através de processos de planejamento, execução de controle das políticas públicas, gerando benefícios relacionados ao controle de prazos e custos, e, em consequência, a otimização na utilização dos recursos organizacionais.

Em relação às taxas de sucesso em projetos de TI no setor público no Brasil, o relatório da pesquisa sobre maturidade em gerenciamento de projetos no Brasil referente ao ano de 2017 aponta que os projetos da área de trabalho “Tecnologia da Informação (Hardware & Software)” apresentam os números de 57% de projetos executados com sucesso total, 40% com alcance de sucesso parcial e 3% de processos fracassados (PRADO; MIGLIOLI, 2018).

Assim, considerando as exigências da nova administração pública no que se refere à gestão eficiente dos recursos e a baixa taxa de sucesso em projetos de TI (STANDISH GROUP, 2014; PRADO; MIGLIOLI, 2018), bem como a ausência de estudos que apresentem dados regionalizados no setor público no Brasil, questiona-se: quais as oportunidades de melhorias e benefícios no cenário atual de gerenciamento de projetos de tecnologia da informação em organizações públicas no município de Porto Velho?

O objetivo principal deste estudo consistiu em identificar oportunidades de melhorias e benefícios que podem ser introduzidos em organizações públicas de Porto Velho com a adoção de métodos e práticas de gerenciamento de projetos de TI. Como objetivo secundário investigou-se o cenário atual da aplicação de métodos e práticas de gerenciamento de projetos de TI nessas organizações. Como resultado da pesquisa, espera-se contribuir com os estudos dessa área de conhecimento e sua aplicação no setor público.

O trabalho possui a seguinte estrutura: na segunda seção são apresentados os procedimentos metodológicos aplicados no estudo.

Na terceira seção é apresentado o referencial teórico que fundamentou este trabalho, trazendo conceitos sobre projetos e gerenciamento de projetos, bem como a utilização destes em TI e no setor público. Na quarta seção é realizada a apresentação da pesquisa. Na quinta seção são apresentadas as discussões e análises dos resultados obtidos através do levantamento. Por fim, na sexta seção são apresentadas a conclusão do estudo, as limitações e sugestões para trabalhos futuros.

## 2. Metodologia

O presente estudo pode ser caracterizado como uma pesquisa de natureza básica. Quanto ao tipo de pesquisa, trata-se de pesquisa exploratória, realizada com o intuito de se obter maior familiaridade e compreensão do problema estudado, e descritiva, visto que buscou descrever as características e particularidades de determinada população (GIL, 2008).

Do ponto de vista dos procedimentos metodológicos, e como extensão do estudo exploratório, foi realizada uma pesquisa bibliográfica que teve como base a coleta de informações em revistas científicas, monografias, dissertações e teses disponíveis em bases de dados científicas eletrônicas como Ebsco, Portal de Periódicos da Capes, Scientific Periodicals Electronic Library (Spell), Biblioteca Digital de Dissertações e Teses da USP, Biblioteca Digital Brasileira de Teses e Dissertações (BDTD) e Google Acadêmico. A pesquisa bibliográfica teve a finalidade de aprofundar o conhecimento sobre gerenciamento de projetos de TI no setor público. Nas bases de dados científicas foram pesquisados, de forma combinada e separada, os termos “gerenciamento de projetos de TI” e “organizações públicas” ou “gerenciamento de projetos de TI” e “órgãos públicos” ou “setor público”, no período compreendido entre os meses de abril de 2017 e março de 2018.

Para o alcance dos objetivos propostos neste estudo, ainda como parte dos procedimentos metodológicos, foi realizado um levantamento a partir da aplicação de questionário. De acordo com Gil (2008), nas pesquisas deste tipo procede-se com a solicitação de

informações a um grupo de pessoas acerca do problema estudado. O levantamento teve como principal objetivo conhecer o cenário do gerenciamento de projetos de TI nas principais organizações públicas de Porto Velho.

Quanto à abordagem ao problema da pesquisa, trata-se de uma pesquisa quantitativa, com o objetivo de traduzir opiniões e informações coletadas em números, de maneira que fosse possível classificá-las e analisá-las (GIL, 2008).

Sete organizações públicas sediadas em Porto Velho foram convidadas a participar do estudo: Prefeitura Municipal, Câmara Municipal, Governo do Estado de Rondônia, Assembleia Legislativa do Estado de Rondônia, Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, Tribunal de Contas do Estado de Rondônia, Ministério Público do Estado de Rondônia. Cinco organizações responderam ao questionário. Os responsáveis designados para responder ao questionário foram os gestores (Coordenador, Diretor ou Secretário) dos setores de tecnologia da informação e comunicação em cada organização. O questionário aplicado foi criado na ferramenta Google Forms e o link de acesso ao mesmo foi encaminhado para os respondentes via e-mail.

### **3. Revisão de literatura**

Esta seção apresenta os conceitos que orientam e norteiam o desenvolvimento deste estudo, tais como projetos, gerenciamento de projetos, fatores de influência nos projetos de TI de organizações públicas. São ainda apresentadas definições para metodologias, padrões, métodos e guias para o gerenciamento de projetos, em especial os de TI.

#### **3.1. Projetos e Gerenciamento de Projetos**

Segundo o PMBOK, um projeto é um esforço temporário empreendido para criar um produto, serviço ou resultado exclusivo. Quando este é alcançado, ou ainda quando o cliente desejar, o

projeto é encerrado. O gerenciamento de projetos é a aplicação de conhecimentos, habilidades, ferramentas e técnicas às atividades do projeto para atender aos seus requisitos (PMI, 2013).

### **3.2. Gerenciamento de projetos no setor público e fatores de influência nos projetos de TI de organizações públicas**

Em levantamentos realizados pelo Project Management Institute (PMI) desde 2006, a TI, dado o seu arranjo nos processos organizacionais e estratégicos nas organizações, ocupa a principal posição dentre as áreas de atuação que crescem na adoção de métodos de gerenciamento em projetos visando melhorar o desempenho nos seus projetos. Na pesquisa publicada no ano de 2018, 17% das organizações respondentes indicaram que sua organização tem como principal foco a tecnologia da informação. Em seguida, 10% dos respondentes indicaram o setor de serviços financeiros (PMI, 2018).

Historicamente, em TI, o número de projetos concluídos com sucesso é baixo (STANDISH GROUP, 2014; ALLAWARI et al., 2012 apud SCHNEIDER et al., 2016; BACCARINI ET AL., 2004 apud RORATTO; DIAS, 2012). Na administração pública esse número é ainda menor (HEEKS, 2003 apud SOUZA, 2012).

O planejamento é ação obrigatória na administração pública, cujas leis e instrumentos que a regulam impõem a previsão, o planejamento e a viabilização de suas ações em seus Planos Plurianuais (PPA). O PPA é um instrumento previsto na Constituição Federal que consiste em um planejamento de médio prazo destinado à organização e viabilização das ações públicas, visando o cumprimento dos fundamentos e os objetivos da República (BRASIL, 2015). Assim, através desse planejamento obrigatório no setor público, alguns dos processos de gerenciamento de projetos são executados pelas organizações públicas de um modo geral, independente do uso de metodologias ou padrões de gerenciamento de projetos.

No setor público os projetos estão sujeito a diferenças substanciais em relação aos projetos do setor privado. Algumas das peculiaridades que diferenciam e influenciam os projetos executados na área pública

dos projetos executados na área privada são listadas por Pisa e Oliveira (2013): questões legais referentes aos gastos públicos regulamentadas pela Constituição Federal; normas e instrumentos relacionados aos objetivos e metas da administração pública; envolvimento de inúmeros órgãos, incluindo os de controle; características estruturais de órgãos das diferentes esferas (federal, estadual e municipal) de governo; envolvimento de segmentos e outros atores nesse cenário, que muitas vezes não partilham dos mesmos objetivos ou forma de gestão para alcançá-los.

Fatores ambientais que caracterizam e diferenciam os projetos de TI executados no contexto do setor público daqueles executados no setor privado são elencados por Souza e Reinhard (2015). Os autores identificaram e classificaram esses fatores em três aspectos: técnicos, políticos e organizacionais. Esses aspectos correspondem à mesma classificação utilizada pelo PMI para os “Fatores Ambientais da Empresa”, que são aqueles que se referem às condições que estão fora do controle da equipe do projeto que influenciam, restringem ou direcionam o projeto (PMI, 2013). Alguns dos fatores indicados por Souza e Reinhard (2015) são elencados a seguir:

- Técnicos: não aplicação de metodologias para gerenciamento de projetos, levantamento de requisitos ou gerenciamento de portfólio;
- Políticos: processo político confuso; perda de suporte em razão de ciclos eleitorais; excesso de partes interessadas; partes interessadas com interesses e cultura divergentes; pressões políticas que impactam o escopo já definido;
- Organizacionais: problemas de financiamento e custeio; menor horizonte de planejamento; carência de profissionais capacitados; estrutura hierárquica funcional e grau de burocratização; regras do processo de aquisições; fornecedores externos menos capazes em razão de um processo de seleção baseado excessivamente nos custos e perda de conhecimento organizacional.

Schneider et al. (2016) apontam que entre as razões para os problemas relacionados ao prazo, orçamento e qualidade apresentados em muitos projetos de software destaca-se uma gestão inadequada de projetos (metodologias e processos), tornando um desafio o

estabelecimento de práticas eficazes e eficientes para o gerenciamento dos mesmos. No setor privado, indicam os autores que as empresas bem sucedidas em gerenciamento de projetos alcançam esse fato por meio do planejamento estratégico para gerenciamento de projetos.

Roratto e Dias (2012) apresentam um diagnóstico dos principais fatores que podem influenciar negativamente o processo de gerência de projetos em organizações públicas, assim resumidos nas áreas de custo (pouca flexibilidade orçamentária), prazo (processo de aquisições moroso, descontinuidade administrativa), escopo (falta de adequação da infraestrutura, mau gerenciamento do escopo do projeto, dentre outros) e qualidade (inadequação do quantitativo de pessoal, coexistência de culturas e climas organizacionais impróprios, nomeação de integrantes de equipe desqualificados, falta de participação e envolvimento de usuários, dentre outros).

### **3. Padrões, Metodologias, Métodos e Guias para o Gerenciamento de Projetos**

Xavier (2012) defende a necessidade de se diferenciar metodologia de padrão em gerenciamento de projetos. De acordo com o autor, padrão é uma norma técnica, um documento que provê regras, diretrizes ou características de produtos. O padrão é aprovado por um organismo reconhecido. O autor cita como exemplo os padrões International Standards for Organization (ISO) e Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT).

Metodologia é o estudo dos métodos ou as etapas de um processo que devem ser seguidas (BRASIL, 2011). Método, por sua vez, é um processo acional para se chegar a determinado fim. É o modo de executar, procedimento ou técnica de se fazer algo para atingir um objetivo (GIL, 2008).

Em gerenciamento de projetos, a metodologia é responsável pelo ciclo de vida ou etapas do projeto, ou seja, por iniciar, planejar, executar, monitorar, controlar e encerrar o projeto, considerando o escopo, tempo, custo, risco etc. (XAVIER, 2012). Segundo o PMI (2013) metodologia é um sistema de práticas, técnicas, procedimentos e

regras usado pelas pessoas que trabalham em uma disciplina.

O guia é um livro, manual ou publicação contendo instruções, ensinamentos e conselhos de diversas naturezas. O PMBOK é um guia de boas práticas de gestão baseadas na experiência de profissionais da área, uma referência que aborda o que é necessário para o gerenciamento de projetos, sendo assim, portanto, um padrão (PMI, 2013).

O PMBOK e a Norma Brasileira (NBR) ISO 21500:2012, Orientações sobre gerenciamento de projeto, padrão da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), podem ser usados em qualquer tipo de projeto. Esta última representa a modernização da NBR ISO 10006:2003, norma para qualidade do gerenciamento de projetos (elementos, conceitos e práticas) e propõe dar suporte na transferência de conhecimentos entre projetos e organizações, resultando na melhoria das entregas dos projetos (ABNT, 2012).

No âmbito do Poder Executivo Federal, através da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação1 (SLTI) do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão2 (MPOG), foi disponibilizado em 2011 aos órgãos do Sistema de Administração de Recursos de Tecnologia da Informação (SISP) um instrumento denominado Metodologia de Gerência de Projetos do Sistema de Administração de Recursos de Tecnologia da Informação (MGP-SISP) (BRASIL, 2011).

O MGP-SISP tem o objetivo de servir de auxílio e referência aos gestores e agentes públicos que pretendem implantar o gerenciamento de projetos em suas organizações. Esse instrumento constitui um conjunto de boas práticas em gerenciamento de projetos e foi elaborado com base nas melhores práticas do Guia PMBOK. Pode ainda ser utilizado por outros níveis de governo (estadual e municipal) e esferas de poder (legislativo e judiciário).

Segundo Kerzner (2006 apud VIEGAS, 2013) uma boa metodologia melhora o desempenho e a execução dos projetos, entretanto, o simples fato de seguir uma não garante o sucesso e a excelência dos mesmos. Benefícios de curto e de longo prazo, como a redução de custos e prazos e aumento da confiança e satisfação dos clientes, bem como a melhoria na maturidade da organização são alguns dos

reflexos que o uso de uma metodologia padronizada acarreta.

Existem diversos, modelos, metodologias e métodos para gerenciar projetos de TI. Gerenciar um projeto significa fazer o necessário para completá-lo dentro dos objetivos estabelecidos (BIGÃO; MOURA, 2014).

#### **4. Apresentação da pesquisa**

Esta seção apresenta a pesquisa e as etapas e as etapas de desenvolvimento do levantamento utilizado para alcançar o objetivo principal do trabalho.

##### **4.1. Caracterização da Amostra**

Foram selecionados, como amostra deste levantamento, sete órgãos da administração pública municipal e estadual sediadas no município de Porto Velho, estado de Rondônia. Esses órgãos foram elencados no capítulo 2. Apesar do número de organizações pesquisadas ser reduzido, a amostra foi escolhida intencionalmente devido à relevância e representatividade que esses órgãos tem na administração pública, sendo os principais condutores de ações públicas no município de Porto Velho e estado de Rondônia. As organizações que responderam ao questionário são: Prefeitura Municipal de Porto Velho, Assembleia Legislativa do Estado de Rondônia, Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, Tribunal de Contas do Estado de Rondônia e Ministério Público do Estado de Rondônia.

Outros fatores que motivaram a escolha dessas organizações para a pesquisa são a ausência de estudos com essa temática em órgãos públicos do estado de Rondônia, situação identificada pela pesquisadora durante a pesquisa bibliográfica, e ainda o fácil acesso a essas organizações, cujas sedes estão localizadas fisicamente na mesma cidade de domicílio da pesquisadora.

## 4.2. O Instrumento de coleta de dados

Para conhecer o cenário atual de gerenciamento de projetos em organizações públicas em Porto Velho foi elaborado um questionário contendo 33 (trinta e três) perguntas que abordam os seguintes temas: controles de gestão e gerenciamento do portfólio de projetos de TI, projetos de TI da organização, indicação de problemas mais comuns nos projetos de TI, escritório de projetos, processos de gerenciamento de projetos de TI, ferramentas tecnológicas adotadas, estrutura e cultura organizacional, percepção da alta administração dos benefícios decorrentes do gerenciamento de projetos de TI.

O questionário contendo as respostas dos órgãos pesquisados está apresentado no Apêndice A. Quando citadas neste estudo, as organizações serão identificadas pelas letras “A” a “E”.

O questionário foi elaborado com base nas questões sobre gerenciamento de projetos utilizadas pelo TCU nas avaliações de acompanhamento da governança de TI nas organizações da APF, e nas questões da pesquisa global em gerenciamento de projetos realizada periodicamente pelo PMI, especificamente nos temas referentes a pessoas, cultura e estrutura organizacional, processos e metodologias de gerenciamento de projetos (BRASIL, 2016; PMSURVEY, 2013).

## 5. Discussão dos resultados

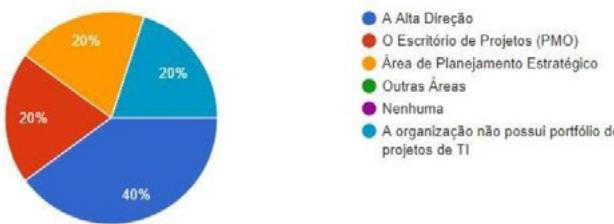
Objetivando delinear, de maneira geral, o cenário em que se encontram as principais organizações públicas de Porto Velho em relação ao gerenciamento de projetos de TI, será apresentada nesta seção uma análise descritiva e exploratória dos dados recebidos através do questionário aplicado.

### 5.1 Controles de Gestão e Gerenciamento de Portfólio de Projetos de TI

Constatou-se através das questões sobre controles de gestão e gerenciamento de portfólio de projetos de TI que 60% das organizações

respondentes possuem Plano Diretor de TI (PDTI) e que o processo de gerenciamento de projetos está previsto nesse instrumento, no Plano Estratégico (PE) da organização ou instituído como norma de cumprimento obrigatório. O PDTI ou PE acabam por direcionar e alinhar os projetos na direção dos objetivos estratégicos de cada organização. Este alinhamento sempre existe em 60% dos órgãos respondentes.

O Gráfico 1 apresenta a área responsável por conduzir os processos de Gestão de Portfólio de Projetos de TI nas organizações públicas:



**Gráfico 1** – Área responsável pela condução dos processos de Gestão de Portfólio de Projetos de TI nas organizações

**Fonte:** Dados levantados pela autora com base nas respostas do questionário, 2018.

Em duas organizações a Alta Administração é responsável por conduzir os processos de Gestão de Portfólio de Projetos de TI. Nas demais, essa responsabilidade cabe ao Escritório de Projetos ou à área de Planejamento Estratégico. Merece destaque o fato de que todas as organizações indicaram possuir Escritório de Projetos, sendo que um deles encontra-se em fase de implementação.

No Gráfico 2 são relacionadas as práticas de gestão de portfólio de projetos de TI indicadas pelos gestores como sendo utilizadas em suas organizações:

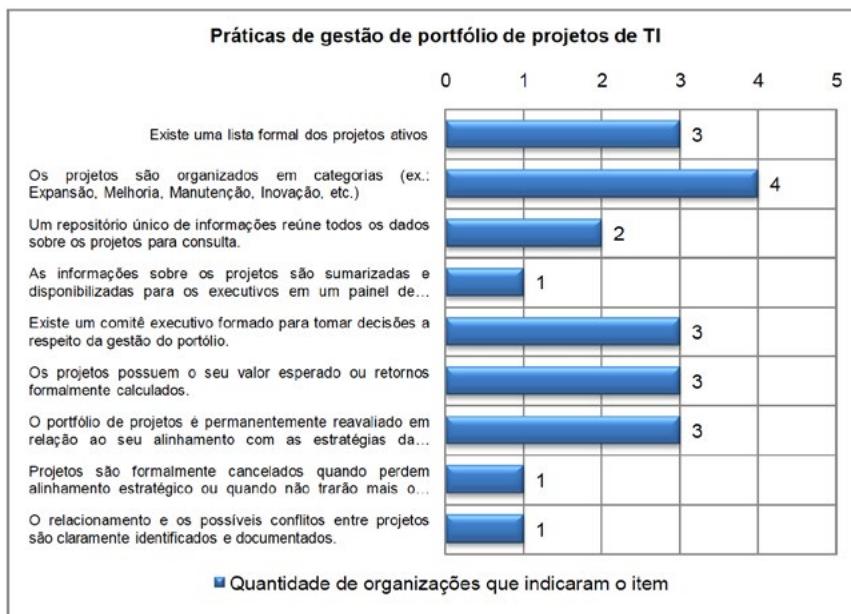


Gráfico 2 – Práticas de gestão de portfólio de projetos de TI mais citadas pelos gestores

Fonte: Dados levantados pela autora com base nas respostas do questionário, 2018.

Observa-se no Gráfico 2 que as práticas de gestão de portfólio de projetos apontadas pela maioria das organizações (três e quatro de cinco) podem ser relacionadas com o fato de as mesmas “sempre” ou “na maioria das vezes” concederem tempo e recursos adequados para um planejamento efetivo dos projetos.

Todas as organizações indicaram realizar estudos técnicos preliminares para avaliar a viabilidade dos seus projetos de TI. Do total, 60% dos respondentes indicam os benefícios de negócio que são alcançados com o projeto.

A responsabilidade pelos projetos de TI em sua maioria (60%) fica a cargo dos gerentes funcionais ou departamentais das organizações. Apenas dois respondentes citaram existir profissional (Gerente de Projetos) dedicado a gestão de projetos em suas organizações. Outros responsáveis por projetos de TI nas organizações são a Alta Administração (Presidente, Diretores, Gerentes Executivos, entre outros), e Membros de Equipe / Analistas.

Os problemas mais frequentes em projetos de TI citados pelas

organizações são apresentados na Tabela 1, em ordem decrescente por quantidade de vezes em que o problema foi citado.

Tabela 1 – Problemas mais frequentes nos projetos de TI na organização

Problemas mais frequentes nos projetos de TI	Quantidade de organizações que indicaram o problema
Concorrência entre o dia-a-dia e o projeto na utilização dos recursos	4
Escopo não definido adequadamente	4
Mudanças de prioridade constantes ou falta de prioridade	4
Recursos humanos insuficientes	4
Estimativas incorretas ou sem fundamento	3
Não cumprimento dos prazos estabelecidos	3
Problemas de comunicação durante o projeto	3
Falta de definição de responsabilidades	2
Mudanças de escopo constantes	2
Problemas com fornecedores	2
Problemas relacionados ao cumprimento da qualidade estabelecida	2

Fonte: Dados levantados pela autora com base nas respostas do questionário, 2018.

Observa-se que os problemas mais citados tem relação entre si, como por exemplo, a “Concorrência entre o dia-a-dia e o projeto na utilização dos recursos” e “Recursos humanos insuficientes” e “Escopo não definido adequadamente” e “Mudanças de prioridade constantes ou falta de prioridade”.

## 5.2 Processos de gerenciamento de projetos, metodologias e ferramentas tecnológicas

Os resultados apontaram que os principais processos formalizados indicados pelos respondentes dizem respeito à administração dos

contratos (gerenciamento e controle dos contratos), aos prazos (controle de cronograma), ambos indicados por todas as organizações, e aos custos (com o processo de estimativa de custos), este último indicado por 80% dos respondentes.

Esses processos demonstram conexão direta com os aspectos da metodologia de gerenciamento de projetos considerados mais importantes para as organizações (aquisições, custos, prazos, governança, escopo), refletindo igualmente nos documentos e práticas mais utilizados (cronograma, estudo de viabilidade técnica, orçamento e estudo de viabilidade financeira), conforme se vê no Quadro 1.

Quadro 1 Relação entre os principais processos formalizados, aspectos da metodologia considerados importantes e documentos e práticas de gerenciamento de projetos mais utilizados

Principais processos formalizados	Aspectos da metodologia considerados mais importantes	Documentos e práticas mais utilizados
Administração dos contratos Prazos, controle de cronograma, duração das atividades Custos	Aquisições Custos Escopo Governança Prazos	Cronograma Estudo de viabilidade técnica Estudo de viabilidade financeira Orçamento Estrutura Analítica do Projeto

Fonte: Elaborado pela autora com base nas respostas do questionário, 2018.

Os processos de gerenciamento de projetos de TI menos citados fazem referência à qualidade e à comunicação nos projetos, indicados por apenas 1 organização cada item.

Apenas uma organização informou sempre revisar e melhorar o processo de gerenciamento de projetos de TI com base em mensurações obtidas e quatro aludiram revisar e melhorar seus processos “às vezes”.

Relativamente à metodologia ou modelo adotado nas organizações, três citaram a utilização de metodologias ágeis, uma indicou utilizar metodologia própria ou desenvolvida pela área de TI e uma realiza o gerenciamento de projetos informalmente. O método ágil mais utilizado é o Scrum, citado por três organizações, seguido

pelo método Extreme Programming (XP), citado por duas.

Acerca ainda das metodologias, importa consignar que dentre os documentos e práticas utilizados no gerenciamento de projetos de TI, não foram indicados por nenhuma organização o uso de “Matriz de Riscos com os devidos tratamentos”. O processo de “Planejamento da Gerência de Riscos” foi indicado como formalizado por apenas duas organizações. Em contrapartida, “minimização dos riscos” é um dos benefícios apontados por 60% das organizações que gerenciam projetos de TI. Este processo está intimamente ligado ao sucesso dos projetos, pois trata do conhecimento e tratamento dos pontos críticos decorrentes da complexidade ambiental das organizações desse setor (RORATTO e DIAS, 2012; SOUZA e REINHARD, 2015; BRASIL, 2017).

As ferramentas tecnológicas utilizadas para dar suporte ao gerenciamento de projetos nos órgãos são: GPWeb (Organização B e E), JIRA (Organização C), MS- Project e Netproject (Organização D). “Acesso via Web”, “Cronograma” e “Gerenciamento da documentação” foram apontadas por quatro respondentes como as funcionalidades mais importantes na ferramenta de suporte.

Sobre o grau de percepção da Alta Administração em relação aos benefícios decorrentes do gerenciamento de projetos de TI, verificou-se que apenas 40% “percebe sempre” esses benefícios. Um aspecto que pode influenciar esse fato pode estar relacionado ao processo de gerenciamento das comunicações, indicado por apenas um gestor como um “processo formalizado que existe e é praticado em sua organização”. Esse aspecto foi considerado importante na metodologia de gerenciamento de projetos de TI por apenas duas organizações. O “plano de comunicação” foi citado apenas uma vez como documento ou prática utilizado nas metodologias.

Quanto aos principais benefícios obtidos com o gerenciamento de projetos de TI, 80% das organizações indicaram o aumento da integração entre as áreas e do comprometimento com objetivos e resultados e 60% indicaram o aumento da produtividade da equipe do projeto, da satisfação do cliente com os resultados e a minimização dos riscos e problemas em projetos.

Quanto à tolerância em relação às mudanças de escopo, prazos

e custos dos projetos observou-se que as organizações possuem de média a alta tolerância aos três itens, pois entendem que essas ocorrências são naturais ou necessárias à adequação dos projetos durante sua execução.

Com base nos resultados da pesquisa bibliográfica e no levantamento, especificamente nos itens relacionados aos problemas mais frequentes nos projetos de TI indicados pelas organizações (aqueles citados por pelo menos 1 organização), bem como no fato de a alta administração nem sempre perceber os benefícios do gerenciamento de projetos de TI, é possível elencar algumas possibilidades de melhorias nos processos das organizações. Os itens foram agrupados por similaridade de objetivos e problemática a ser solucionada, e ainda, ordenados a partir da quantidade de vezes que o problema foi indicado pelos respondentes, ou seja, os primeiros elencados são as sugestões indicadas para minimizar ou solucionar os problemas mais recorrentes:

1. Implementar ou melhorar o processo de planejamento das comunicações e o de distribuição das informações, de maneira que o plano de comunicação dos projetos possa ser seguido pela equipe; dar mais transparência e divulgação das informações e aumentar a disponibilidade de informação para a tomada de decisão por parte da alta administração. Esta sugestão visa melhorar a percepção da alta administração sobre os benefícios do gerenciamento de projetos de TI, diminuir problemas de comunicação durante o projeto e diminuir as mudanças de prioridade constantes ou falta de prioridade.
2. Otimizar a alocação dos recursos humanos para os projetos em conjunto com o desenvolvimento das habilidades dos membros da equipe e estímulo para o desempenho. Esta sugestão visa diminuir concorrência entre o dia-a-dia e o projeto na utilização dos recursos e recursos humanos insuficientes.
3. Melhorar o processo de planejamento do escopo e implementar o processo de controle integrado de mudanças, visando diminuir os problemas decorrentes da definição incorreta ou do escopo ou de este ser mudado constantemente.

4. Promover a integração entre as áreas envolvidas no projeto e o aumento do comprometimento dos envolvidos com os objetivos e resultados do projeto e realizar avaliação do retorno/benefícios do projeto para registro de lições aprendidas. Esta sugestão visa possibilitar o entendimento das áreas relacionadas ao projeto quanto aos resultados pretendidos, de maneira que o planejamento realizado possa ser seguido.
5. Rever ou melhorar os processos de estimativa de custos e de controle de custos, para alcançar a redução nos custos dos projetos e cumprir com o orçamento ou custo estabelecido no planejamento.
6. Rever ou melhorar os processos de estimativa da duração das atividades e de controle de cronograma, visando alcançar a redução nos prazos de entrega dos projetos e o cumprimento dos prazos estabelecidos, bem como evitar estimativas incorretas ou sem fundamento.
7. Adotar a utilização da matriz de responsabilidades com a definição do papel de cada recurso e suas responsabilidades, para evitar a falta de responsabilização em decorrência de problemas nos projetos de TI.
8. Buscar a garantia da qualidade técnica dos projetos a partir do processo de garantia de qualidade. Esta sugestão visa melhorar e cumprir com a qualidade estabelecida para o projeto.
9. Melhorar o processo de planejamento da gestão dos riscos e realizar o controle e monitoramento dos riscos, de forma a se prever e controlar as situações desfavoráveis ao projeto bem como minimizar a incidência dos mesmos.
10. Adotar ferramenta para dar suporte aos artefatos dos processos de gerenciamento de projetos, ferramenta essa que deve estar adequada às necessidades da organização. Membros da equipe dos projetos devem ser capacitados na utilização das ferramentas.
11. Adotar metodologia de gerenciamento de projetos adequada às necessidades da organização. Os membros da equipe dos projetos devem ser capacitados sobre o uso da metodologia.

Considera-se que a implementação das melhorias propostas, conforme o cenário particular de cada organização, pode auxiliar o melhor controle dos projetos de TI e diminuir ou eliminar a incidência dos problemas indicados pelos gestores, bem como atuar como indutoras no sucesso dos projetos de TI dessas organizações.

## 6. Considerações finais

O objetivo do presente estudo foi identificar as oportunidades de melhorias e benefícios que podem ser introduzidos em organizações públicas de Porto Velho com a adoção de métodos e práticas de gerenciamento de projetos de TI. Sua principal contribuição está relacionada ao levantamento situacional do gerenciamento de projetos TI nessas organizações. Representa o esforço em identificar, através das informações obtidas, as principais lacunas que podem ensejar a adoção de práticas e melhorias conduzidas pelos processos de gerenciamento de projetos de TI.

Neste artigo, foram abordados os principais conceitos relacionados ao gerenciamento de projetos no setor público, destacando-se, através da literatura pesquisada, alguns fatores que exercem influência nos projetos de TI nessas organizações. Aprofundou-se a compreensão a respeito de metodologias, padrões, métodos e guias para o gerenciamento de projetos de TI.

Ao se verificar as respostas de cada organização, percebeu-se que parte das organizações encontram-se em situação mais adiantada que outras. Alguns fatores observados que podem justificar essa diferença estão relacionados à existência de processo formal de gerenciamento de projetos instituído pela organização, pela existência de escritório de projetos para conduzir, monitorar e controlar os projetos e a percepção da alta administração acerca dos benefícios decorrentes do gerenciamento de projetos TI.

Em que pese os benefícios alcançados, pode ser observado que alguns dos problemas mais citados decorrem da dinâmica existente

nas organizações públicas, como a “concorrência entre o dia-a-dia e o projeto na utilização dos recursos”, situação que pode ser constatada pela indicação do perfil dos responsáveis pelos projetos de TI na organização, que em sua maioria são os gerentes funcionais ou departamentais. Esse problema pode ser consequência de outro, igualmente apontado pelos respondentes, que é a insuficiência de recursos humanos para atender aos projetos. Quatro organizações citaram ainda que o “escopo não definido adequadamente” e “mudanças de prioridade constantes ou falta de prioridade” também são problemas frequentes nos projetos de TI, e estes igualmente, retratam dinâmicas existentes nas organizações públicas percebidas através do estudo bibliográfico.

Considera-se que o objetivo do estudo foi alcançado, pois o diagnóstico realizado permitiu a identificação de 11 possibilidades de implementação de melhorias nos processos de gerenciamento das organizações, cuja adoção podem auxiliar no alcance de mais benefícios e correção e/ou diminuição de problemas enfrentados no gerenciamento de projetos de TI desses órgãos.

A principal dificuldade encontrada na realização da pesquisa diz respeito à quantidade limitada de órgãos participantes, de forma que não se pode generalizar o cenário apresentado para envolver todas as organizações que inicialmente se pretendeu pesquisar. Outra limitação observada diz respeito à abordagem macro das questões aplicadas no questionário, que foi preparado para não ser exaustivo aos respondentes, e, portanto, não apresentou questões específicas para colher detalhes dos projetos de TI de cada organização.

Contudo, identificam-se propostas oportunas para futuros estudos com esta temática no setor público. Sugere-se a realização de pesquisa com um número maior de organizações com características semelhantes ou abrangendo todas as municipalidades de um estado a fim de se comparar os cenários observados regionalmente. Sugere-se ainda a realização de estudos de caso para se conhecer o cenário específico de um órgão com alto investimento em tecnologia, como por exemplo, o poder executivo estadual ou municipal.

## 7. Referências

ABNT. NBR 21500: *Orientações para gerenciamento de projeto*. Rio de Janeiro, 2012. 43 p.

BIGÃO, Fabiana; MOURA, Myrian. *Fundamentos de Gestão de Projetos*. E-book. 2014. Disponível em: <[www.pmstory.com.br/e-book](http://www.pmstory.com.br/e-book)>. Acesso em: 1 mai. 2017.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. *Plano Plurianual (PPA)*. Brasília, 22 mai. 2015. Disponível em <<http://www.planejamento.gov.br/servicos/faq/planejamento-governamental/plano-plurianual-ppa>>. Acesso em: 9 dez. 2017.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. *Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação. Metodologia de Gerenciamento de Projetos do SISP*. Brasília, 2011. Disponível em: <[http://www.sisp.gov.br/mgpsisp/wiki/download/file/MGP-SISP\\_Versao\\_1.0.pdf](http://www.sisp.gov.br/mgpsisp/wiki/download/file/MGP-SISP_Versao_1.0.pdf)>. Acesso em: 7 fev. 2018.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Relatório de Levantamento. Avaliação da Governança de Tecnologia da Informação na Administração Pública Federal. Subsídio às atividades de fiscalização do TCU*. Acórdão nº 2.585/2012. Plenário. Relator: Augusto Nardes. Sessão de 26/10/2012. Disponível em: <[https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight?key=41434f5244414f2d434f4d504c4554\\_4f2d31323438373439&sort=RELEVANCIA&ordem=DESC&bases=ACORDAO-COMPLETO&highlight=&posicaoDocumento=0&numDocumento=1&totalDocumento=1&s=1](https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight?key=41434f5244414f2d434f4d504c4554_4f2d31323438373439&sort=RELEVANCIA&ordem=DESC&bases=ACORDAO-COMPLETO&highlight=&posicaoDocumento=0&numDocumento=1&totalDocumento=1&s=1)>. Acesso em: 9 dez. 2017.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Perfil de Governança de TI - Ciclo 2016*. Referências do Questionário de Governança de TI 2016. Item 5.6. 2016. Disponível em: <<http://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/>>

fileDownload.jsp?fileId=8A8182A25478D794 01549C2CF96853BD>. Acesso em: 9 dez. 2017.

BRASIL. *Tribunal de Contas da União. Relatório de Levantamento. Avaliação da Governança de Tecnologia da Informação na Administração Pública Federal.* Subsídio às atividades de fiscalização do TCU. Acórdão nº 882/2017. Plenário. Relator: Marcos Bemquerer Costa. Sessão de 3/5/2017. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvlVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS- SESSAO-ENCERRADA&seOcultoPagina=S&item0=586811>>. Acesso em: 9 dez. 2017.

GIL, Antônio Carlos. *Métodos e Técnicas de Pesquisa Social*. 6 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

MEDEIROS, Bruno C.; DANJOUR, Miler F.; SOUSA NETO, Manoel V. *Gerenciamento de Projetos: Contribuições para a Governança de TI no Setor Público Brasileiro*. Revista Gestão e Tecnologia, Pedro Leopoldo, v. 17, n. 1, p. 54- 78, jan./abr. 2017. Disponível em: <<http://www.spell.org.br/documentos/ver/45378/gerenciamento-de-projetos--contribuicoes-para-a-governanca-de-ti-no-setor-publico-brasileiro-i/>

pt-br>. Acesso em: 9 dez. 2017.

PRADO, Darci; MIGLIOLI, José Ricardo (Org.). *Pesquisa sobre maturidade em gerenciamento de projetos – Brasil*. Relatório Pesquisa 2017: “Governo: Administração Direta e Administração Indireta”. Pesquisa Archibald & Prado. Belo Horizonte, 2018. Disponível em <<https://www.maturityresearch.com/novosite/2017/download/RelatorioMaturidade2017-Governo-Parte-A-Indicadores-V3.pdf>>. Acesso em 13 abr. 2018

PISA, Beatriz J.; OLIVEIRA, Antônio G. Gestão de Projetos na Administração Pública: Um instrumento de planejamento e desenvolvimento. 1º Seminário Nacional de Planejamento e Desenvolvimento, Curitiba, v. 1. Anais do SNPd: PPGP/UTFPR, 2013. Disponível em:

<[http://www.eventos.ct.utfpr.edu.br/anais/snfd/pdf/snfd2013/Beatrix\\_Jackiu.pdf](http://www.eventos.ct.utfpr.edu.br/anais/snfd/pdf/snfd2013/Beatrix_Jackiu.pdf)>. Acesso em: 21 mar. 2018.

PMSURVEY.ORG. The International Project Management. Database of Applied Practices. 2013 Edition. Project Management Institute. 2013. Disponível em: <<https://www.projectbuilder.com.br/blog-pb/entry/blog-gestao-de-projetos/conheca-os-resultados-da-pm-survey-2013>>. Acesso em: 9 dez. 2017.

PMI – PROJECT MANAGEMENT INSTITUTE. *Um Guia do Conhecimento em Gerenciamento de Projetos* (Guia PMBOK). 5 ed. Newton Square: PA, 2013.

Pulse of the profession. 10th Global Project Management Survey. Success in Disruptive Times. Expanding the value delivery landscape to address the high cost of low performance. Newton Square: PA, 2018. Disponível em: <https://www.pmi.org/-/media/pmi/documents/public/pdf/learning/thought-leadership/pulse/pulse-of-the-profession-2018.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2018.

RORATTO, Rodrigo; DIAS, Evandro Dotto. *Fatores de risco no gerenciamento de projetos de tecnologia da informação em instituições públicas*. Revista de Economia e Administração. V. 11, n. 3, p. 386-399, jul./set. 2012. Disponível em:

<<http://www.spell.org.br/documentos/ver/8839/fatores-de-risco-no-gerenciamento-de-projetos-de-tecnologia-da-informacao-em-instituicoes-publicas/i/pt-br>>. Acesso em: 27 dez. 2017.

SCHNEIDER, Ricardo Mattos; BARBOSA, José G. P.; BOUZADA, Marco Aurélio Carino e GONÇALVES, Antônio Augusto. *A influência de fatores organizacionais na gestão de projetos de tecnologia da informação (TI)*. Revista Gestão & Tecnologia. Pedro Leopoldo, v. 16, n. 1, p. 183-209, jan./abr. 2016.

SOUZA, Enock Godoy de. Uma análise dos principais riscos que contribuem para o agravamento (escalation) de projetos de TI da administração pública. 2012. Tese (Doutorado em Administração) – Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012. Data de Defesa 3 de ago. 2012. Disponível em <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/12/12139/tde-08102012-184107/pt-br.php>>. Acesso em: 4 jan. 2018.

SOUZA, Enock Godoy de; REINHARD, Nicolau. Uma Revisão Bibliográfica dos Fatores Ambientais que Influenciam a Gestão de Projetos de Sistemas de Informação no Setor Público. *Revista de Gestão e Projetos*. mai-ago 2015, Vol. 6 Issue 2, p27-41. 15p. Disponível em <<http://www.revistagep.org/ojs/index.php/gep/article/view/226/pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2017.

Standish Group, The. *Chaos Report: 21st Anniversary Edition*. The Standish Group International, 2014. Disponível em:  
<[https://www.standishgroup.com/sample\\_research\\_files/CHAOSReport2014.pdf](https://www.standishgroup.com/sample_research_files/CHAOSReport2014.pdf)>. Acesso em: 23 jul. 2018.

VIEGAS, Renato. *Principais dificuldades encontradas em gerenciamento de projetos nas organizações*. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2013. Disponível em: <<https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/87826/000911654.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 26 dez. 2017.

XAVIER, Carlos Magno da Silva. *Metodologias de gerenciamento de projetos*. 2012. Disponível em: <[http://g2b.com.br/downloads/07\\_metodologia\\_gerenciamento\\_de\\_projetos\\_carlos\\_magno\\_da\\_silva\\_xavier\\_2012.pdf](http://g2b.com.br/downloads/07_metodologia_gerenciamento_de_projetos_carlos_magno_da_silva_xavier_2012.pdf)>. Acesso em: 27 fev. 2017.



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

[twitter.com/emeron\\_rondonia](https://twitter.com/emeron_rondonia)  
[facebook.com/EmeronRO](https://facebook.com/EmeronRO)  
[flickr.com/escolaemeron](https://flickr.com/escolaemeron)  
[youtube.com/EscolaEmeron](https://youtube.com/EscolaEmeron)  
[emeron.tjro.jus.br](http://emeron.tjro.jus.br)  
[emeron.emeron@tjro.jus.br](mailto:emeron.emeron@tjro.jus.br)