

Aline Araújo Passos

Bruno Amaro Lacerda

Luciana Gaspar Melquíades Duarte

Raquel Bellini de Oliveira Salles

(Organizadores)

Anais do II Seminário de Pesquisa e Extensão da Faculdade de Direito da UFJF

Faculdade de Direito da UFJF

Juiz de Fora

Vol. 2, n.1 (2017)

II Seminário de Pesquisa e Extensão (2017: Juiz de Fora, MG)

Anais do II Seminário de Pesquisa e Extensão – Universidade Federal de Juiz de Fora – UFJF – Faculdade de Direito / Organizadores Aline Araújo Passos, Bruno Amaro Lacerda, Luciana Gaspar Melquíades Duarte, Raquel Bellini de Oliveira Salles– Juiz de Fora: Faculdade de Direito da UFJF, 2017. 231p.

ISBN 978-85-66252-12-5

ISSN 2764-0078

1. Direito. I. Passos, Aline Araújo. II. Lacerda, Bruno Amaro. III. Duarte, Luciana Gaspar Melquíades. IV. Salles, Raquel Bellini de Oliveira. V. Título.

SUMÁRIO

Editorial	9
1. Direitos fundamentais sociais e os mecanismos para garantir sua efetividade	10
2. Mínimo existencial: conceito, diferenciação de mínimo vital e conteúdo	15
Mínimo existencial: conceito e diferenciação de mínimo vital	15
Mínimo existencial: conteúdo.....	17
3. A importância dos princípios formais na revisão das políticas públicas: parâmetros para a classificação na colisão entre princípios.....	20
Introdução	20
Parâmetros à Classificação	21
A Reserva do Possível.....	22
Conclusão.....	24
4. A tensão no acesso à saúde pela via judicial: o Supremo Tribunal Federal faz justiça no caso concreto ou desvirtua o direito à saúde?.....	25
5. Crise e Direitos Sociais: uma análise da jurisprudência da crise em Portugal e as possibilidades de sua aplicação no Brasil	29
6. Imunidade tributária dos e-readers.....	33
7. ICMS ECOLÓGICO: o papel da extrafiscalidade tributária na efetivação do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado	37
8. A relação entre o artigo 14, inciso II, da Lei de política nacional do meio ambiente (Lei n. 6938/81) e o princípio da prevenção do dano ambiental	42
9. Projeto PROBIC JUNIOR: CONHECENDO O itbi do município de Juiz de Fora.....	46
10. A preferência entre os créditos dos entes federados e a violação ao pacto federativo.....	49
11. O caráter democrático (?) das audiências públicas no Supremo Tribunal Federal	53

12. Crise democrática e democracia eletrônica	57
13. O pós-positivismo jurídico e os impactos em inovações no Direito Administrativo	62
14. Ativismo judicial na vanguarda do conservadorismo no Brasil	66
15. Judicialização da política e ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal	70
16. Desafios de inovação na metodologia no ensino jurídico: análise da experiência em “Poder Judiciário e Política”	74
Introdução	74
O método educativo e o processo de construção do saber	75
Rodas de Conversa, Arte e a ressignificação do que é juridicamente relevante	77
Conclusão	77
17. Memória e patrimônio artístico-cultural das comunidades negras da Zona da Mata Mineira: ações integradas entre comunidade, Poder Público e universidade, rumo a um encontro de saberes	79
Introdução	79
Objetivo do Programa e resultados parciais	80
18. A raposa e o leão: as qualidades do governante em Maquiavel	83
19. O costume em Montaigne e La Boétie	87
20. Biodiversidade, direito de patente e conhecimento tradicional associado: observações e contradições entre os termos	92
21. Softwares livres e o “nós” do agir em economia de mercado: como os direitos autorais restringem a liberdade social	97
22. Justiça alimentar e grupos de interesses: anotações sobre o financiamento privado da indústria agroalimentar nas eleições legislativas federais de 2006, 2010 e 2014	102
Introdução	102
Metodologia	102

Marco teórico	103
Resultados.....	103
Conclusão.....	107
23. Política alimentar e grupos de interesses: notas sobre o financiamento de privado do setor agroalimentar na campanha dos parlamentares do Estado do Rio de Janeiro eleitos em 2014	109
Introdução.....	109
Metodologia	110
Marco teórico	110
Resultados.....	111
Conclusões	114
24. As cadeias curtas de produção e as políticas públicas de segurança alimentar e nutricional: primeiras aproximações.....	115
Introdução.....	115
Cadeia alimentar como uma instituição econômico-social.....	116
A relação institucional entre direito e políticas públicas	117
Conclusão.....	118
25. A violação de direitos humanos por empresas: a dupla face da responsabilidade penal das pessoas jurídicas no direito brasileiro	120
Introdução.....	120
A responsabilidade penal da pessoa jurídica no ordenamento jurídico pátrio.....	121
A responsabilidade penal da pessoa jurídica ao redor do mundo	122
Considerações finais.....	122
26. Pessoa jurídica, Direitos Humanos e inovação: uma análise do processo de extensão de Direitos Humanos às sociedades e associações	125
Introdução.....	125
Metodologia	126

Marco Teórico e Revisão da literatura	127
Resultados e Conclusão	128
27.O direito de co-determinação e a teoria institucionalista da empresa	130
28.O eixo minerário do projeto Minas-Rio e o processo de identificação dos atingidos	135
Introdução	135
Metodologia	136
Marco Teórico e Resultados Parciais.....	137
29.A verificação de existência do instituto do <i>cram down</i> na lei 11.101/2005	139
30. Do hiperpublicismo ao hiperprivatismo: as convenções processuais probatórias no novo CPC	141
31. Acesso para quem? Demandas no Judiciário sem a presença de advogado	146
32.A garantia do juízo nos embargos à execução fiscal: a LEF frente a constitucionalização do processo	149
33.O impedimento e a suspeição no CPC/15 – a situação dos estagiários e assessores do juízo.....	154
34. Os precedentes e o novo CPC	158
35. Da (in)aplicabilidade da cláusula geral de negociação processual ao processo do trabalho	161
36.O artigo 489 do novo CPC e a polêmica acerca da fundamentação exauriente no processo do trabalho	164
37. Da audiência de conciliação ou de mediação: artigo 334 no NCPC	167
38. Projeto Dialogar.....	172
39. NEPCrim – Núcleo de Extensão e Pesquisa em Ciências Criminais da Faculdade de Direito da UFJF.....	175
40. Projeto de extensão acadêmica “Além da culpa – Justiça restaurativa para adolescentes em conflito com a lei”	178

41. Projeto de extensão acadêmica “Diga não à violência doméstica contra a mulher”	180
42.A luta pelo reconhecimento dos direitos das mulheres e o combate à violência contra a mulher: estudos e ações necessárias.....	182
Introdução ao tema	182
Uma realidade marcada pela violência e as ações iniciais necessárias para combater a desigualdade de gênero e a violência contra a Mulher	183
Ações extensionistas realizadas pelo curso de Direito da UFJF no campus de Governador Valadares em 2016	185
Disposições finais	186
43. Direitos fundamentais, desacordo moral razoável e Poder Judiciário: análise do julgamento da inconstitucionalidade do crime de porte ilegal de drogas para consumo pessoal pelo Supremo Tribunal Federal	188
44. Considerações sobre a investigação defensiva prevista no projeto de lei 156/2009	192
45.A justiça penal no Estado Democrático de Direito	196
46.A vida agrária brasileira e o histórico do MST em Governador Valadares/MG	201
Um breve histórico sobre a terra.....	201
O histórico da terra em Governador Valadares.....	203
Acampamento Padre Gino.....	203
47. Dilemas éticos do DGPI.....	206
48. Considerações sobre direito preventivo e contrato de franquia	211
49.A operatividade da autotutela contratual com função satisfativa por meio de contratações substitutivas	216
50.Possibilidades de expansão dos mecanismos de resolução extrajudicial de contratos no Direito Brasileiro: a autotutela com função resolutiva	220
51.A efetivação dos direitos das pessoas com deficiência por meio da prestação de consultoria jurídica ao terceiro setor	225

52.Os (pre)conceitos do ordenamento jurídico: um estudo acerca das
famílias paralelas.228

EDITORIAL

Com o objetivo precípua de divulgar estudos, pesquisas e atividades de extensão de nossa comunidade acadêmica, buscando o compartilhamento de ideias e experiências, realizou-se nos dias 17 a 20/04 de 2017 o **II SEMPEX - Seminário de Pesquisa e Extensão da Faculdade de Direito da UFJF**.

A organização do evento, já em sua segunda edição, foi empreendida pela Direção, com o suporte técnico-administrativo da Secretaria da Faculdade, e pelos Professores Luciana Gaspar Melquíades Duarte e Bruno Amaro Lacerda, concretizando objetivos traçados no projeto pedagógico do curso e no planejamento estratégico da gestão 2014/2018.

Os presentes ANAIS são a reunião dos resumos referentes a mais de 50 trabalhos recebidos e apresentados em 10 painéis, organizados por afinidade de área. Tais resumos são de autoria de professores da UFJF, de distintas áreas e departamentos, dos campi de Juiz de Fora e Governador Valadares, bem como de alunos e ex-alunos da graduação e da pós-graduação em Direito.

Os trabalhos puderam ser submetidos independentemente de projetos de pesquisa ou de extensão cadastrados, pois busca-se também incentivar debates e futuros projetos. A diversidade de temáticas discutidas evidencia a multi e interdisciplinaridade do evento, reflexo da rica pluralidade que caracteriza nossa instituição, permitindo aos professores e aos alunos da Faculdade, bem como ao público externo interessado, o conhecimento da produção e das reflexões de nosso corpo docente e discente.

Agradecemos a todos e todas que participaram, como apresentadores de trabalho ou como ouvintes, professores, alunos e coordenadores de painéis, de Juiz de Fora e Governador Valadares. Esperamos que as próximas edições do SEMPEX possam contar cada vez mais com o engajamento de nossa comunidade acadêmica, promovendo autoconhecimento, integração e crescimento institucional.

Juiz de Fora, junho de 2017.

Aline Araújo Passos e Raquel Bellini Salles
Diretora e Vice-Diretora da Faculdade de Direito

1. DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E OS MECANISMOS PARA GARANTIR SUA EFETIVIDADE¹

Cláudia Toledo

Érika Conceição Batista

Isabella de Pádua Walentim Alves

Palavras-chave: direitos fundamentais sociais; controle constitucional; decisão judicial; Constituição Federal.

Os direitos sociais são direitos fundamentais previstos no artigo 6^a da Constituição Federal de 1988. Esses direitos são cláusulas pétreas, ou seja, são normas que não podem ser modificadas pelo legislador infraconstitucional, a não ser no sentido de seu aprimoramento. Outra característica é que esses direitos possuem uma dimensão positivo-prestacional, ou seja, são direitos à prestação positiva fática do Estado. Os direitos fundamentais sociais também possuem dupla dimensão, uma objetiva e uma subjetiva. A dimensão objetiva é aquela que apresenta os direitos sociais como fundamentais, além disso, desdobra-se na própria irradiação desses direitos, na formulação do princípio da proibição de insuficiência, e também na sua eficácia, que deve ser analisada a partir da perspectiva da sociedade. Já a segunda dimensão, apresenta esses direitos como subjetivos dos cidadãos, o que possibilita ao titular do direito fundamental demandar judicialmente posições jurídicas outorgadas pela norma respectiva, pois a exigibilidade desses direitos é imediata, o que independe de regulamentação ou de sua. Essas duas dimensões são complementares, pois caracterizados de forma objetiva, os direitos sociais organizam, delimitam e protegem o status jurídico do indivíduo, além do mais, impõe que o Estado aja para assegurar e garantir esses direitos e também execute seus fins e valores constitucionalmente previstos. E em relação à característica subjetiva, Konrad Hesse afirma que “quanto mais se exige sua efetivação, mais o Estado se vê obrigado a

¹ Este resumo relaciona-se com a pesquisa desenvolvida no projeto PIBIC/CNPq em andamento, intitulado “Direitos Fundamentais Sociais: Normas Meramente Objetivas e Direitos Subjetivos; Decisões Judiciais e Sanções por seu Descumprimento”, coordenado pela Prof.^a Dr.^a Cláudia Toledo.

efetivá-los e quanto mais o Estado os protege ou assegura a sua proteção, tanto mais os direitos subjetivos são exercidos.”.

Vale destacar que não se pode falar dos direitos sociais sem a observação do princípio da dignidade humana e do direito ao mínimo existencial. O mínimo existencial é direito fundamental social, extraído hermeneuticamente do texto constitucional. Já dignidade humana pode ser compreendida pelo viés de um elemento fundamental e informador dos direitos e garantias fundamentais, protegendo-os de medidas restritivas do Estado. A conexão da dignidade humana com os direitos sociais é de quanto maior a importância dos direitos sociais, maior será a possibilidade dos indivíduos terem uma vida digna. No preâmbulo da Constituição Federal de 1988 está instituído que o Brasil é um Estado Democrático. Com isso, a doutrina brasileira enfatiza que o mínimo existencial decorre da proteção à vida e é ainda uma exigência para a dignidade humana.

A Constituição Brasileira de 1988 atribui maior relevância aos direitos fundamentais e, de forma destacada, aos direitos sociais, que as anteriores. Ao Poder Judiciário, posto como guardião e realizador dos direitos plasmados no Texto Maior, foi atribuída a função de proteger os direitos fundamentais. Essa posição exige que o Poder Judiciário impeça violações aos direitos fundamentais por parte do Poder Executivo e do Poder Legislativo. Uma das formas de impedimento ocorre por meio do controle de constitucionalidade, em que o Judiciário averigua a compatibilidade da lei com a Constituição, de forma que atos e omissões considerados contrários ao texto constitucional sejam tidos como inconstitucionais.

O controle constitucional demonstra a superioridade da Constituição e que a atividade jurisdicional é um elemento fundamental para Estado Democrático de Direito. Tal instituto pode se dar de forma concentrada ou difusa, isto é, por meio de tribunais comuns, com efeitos *inter partes*, ou pelo Supremo Tribunal Federal, com efeitos *erga omnes*. O controle concentrado pode ocorrer por meio de Ação Direta de Inconstitucionalidade, que pode ser por ação (ADI), omissão (ADO) ou via ADI interventiva, Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) ou Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).

Ao declarar a inconstitucionalidade por omissão, o Judiciário apenas declara a inconstitucionalidade aos outros Poderes, não podendo editar por si a parte

faltante. O art. 103, § 2º da Constituição Federal faz uma abordagem nesse sentido, sua redação, principalmente levando em consideração a falta de prazo legal para resposta do poder legislativo, revela a dificuldade que se tem quanto à exigibilidade das decisões judiciais. Em se tratando de direitos fundamentais, não se pode reduzir a atividade jurisdicional a um mero processo de comunicação de inconstitucionalidade, são necessários instrumentos para se exigir que tal inconstitucionalidade seja suprimida.

Neste contexto, é relevante abordar o Mandato de Injunção, que surgiu como possibilidade de insurgência do indivíduo quanto a uma omissão legislativa sobre direito previsto na Constituição. Este mecanismo atua como forma de permitir a demanda por regulamentação de uma norma constitucional quando os poderes competentes não a fizerem, de forma que lhes seja comunicada a mora, e, dada sequência à omissão, o Poder Judiciário possa editar a norma, com efeito *inter partes* ou *erga omnes*, este como exceção à regra.

Em relação aos atos administrativos, cabe ressaltar a utilização das políticas públicas pelo Estado para implementação dos direitos sociais. As políticas públicas não podem se afastar dos princípios constitucionais e, assim, observa-se, a necessidade de que os atos administrativos também estejam sujeitos ao controle de constitucionalidade, assentado nas mesmas ideias do controle de constitucionalidade da legislação em geral.

A atividade estatal é realizada a partir de atos administrativos, que podem ser vinculados ou discricionários. Os primeiros estão expressos estritamente na Constituição e nestes o controle jurisdicional atuará quando os atos não atenderem ao comando legal. Já os segundos são dotados de uma margem de liberdade do administrador, permitindo o controle jurisdicional quando o administrador não se valer de políticas públicas que estejam adequadas aos fins constitucionalmente almejados e que não se mostrem, assim, uma opção excelente para a realização do fim pretendido pela política pública.

Neste sentido, caso haja descumprimento da decisão judicial pelo Poder Executivo, há mecanismos que podem ser usados pelo Judiciário para exigir o cumprimento:

1. Condenar o Poder Público à “obrigação de fazer”. Ou seja, quando houver falta de recursos comprovada e o pedido de política pública não envolver risco irremediável à vida do indivíduo, o Poder Público poderá ser condenado à obrigação de inserir a verba de implementação da política pública ordenada na próxima proposta orçamentária.

2. Aplicar multas diárias.

3. Permitir a intervenção da União nos Estados ou Municípios.

Poderá haver, além das medidas citadas, responsabilização do agente público, no âmbito civil por improbidade administrativa e no âmbito penal por meio do crime de responsabilidade ou pelo crime de desobediência. Por último, cabe citar a possibilidade de adoção de uma medida extrema, em caso de contínua omissão administrativa e urgência de proteção de um direito fundamental: o sequestro das verbas públicas. Tal medida consiste em uma interpretação analógica ao artigo 100 da Constituição Federal e deve ser utilizada apenas quando houver insuficiência dos meios menos gravosos. Um exemplo dessa medida ocorreu no Rio de Janeiro, no o Agravo de Instrumento nº 0037862- 49.2013.8.19.0000, que manteve a decisão acerca do sequestro de verba pública. O caso considerou o fornecimento de medicamento a um portador de autismo grave como ação urgente e inadiável e o descumprimento do fornecimento dos medicamentos determinados na petição inicial pelo Estado, para justificar a utilização do mecanismo de sequestro de verba pública.

Desse modo, observam-se instrumentos que possibilitam a exigência do cumprimento das decisões judiciais advindas de controle de constitucionalidade relacionado a atos do poder executivo. Tais instrumentos não existem em relação a atos do poder legislativo. No tocante a esse poder, é vantajoso citar o direito alemão, que possui mecanismos interessantes para controlar o cumprimento das sentenças. Um deles é a permissão ao tribunal, por meio do parágrafo 35 de Lei Orgânica do Tribunal, de escolher a forma de cumprimento da decisão, o que lhe permite, por exemplo, optar por aconselhar que se preencha determinada lacuna ou estabelecer regra provisória, com efeito, *erga omnes*, enquanto não houver regulamentação pelo legislador. Outra possibilidade é a de escolher quem executará a decisão, podendo transferir a execução a pessoas, autoridades ou órgãos de acordo com a natureza da causa. Neste caso, o Tribunal poderá emitir comandos àqueles responsabilizados pela

execução, por exemplo, determinar que estes organizem um plebiscito. Cabe destacar, por último, que em relação a possíveis erros na execução por quem o tribunal determinou, este pode utilizar o mecanismo “recurso de execução”, para efetuar devidas reformas, e, em relação a descumprimento dos prazos fixados para o cumprimento da decisão, o tribunal pode adotar medidas executórias. Por meio dessa experiência alemã, vê-se que o direito comparado permite uma visão mais ampla sobre o problema e a abertura de um maior leque de possibilidades, apesar de necessária a consideração dos aspectos próprios de cada país para elaboração de mecanismos mais eficientes para exigir o cumprimento das decisões judiciais.

2. MÍNIMO EXISTENCIAL: CONCEITO, DIFERENCIAÇÃO DE MÍNIMO VITAL E CONTEÚDO

Cláudia Toledo

Bruno Uchôas

Isabel Lima

Mariana Colucci

Palavras-chave: Mínimo existencial. Mínimo vital. Direito à saúde. Direito à educação.

Mínimo existencial: conceito e diferenciação de mínimo vital

Os direitos fundamentais são aqueles valores culturalmente entendidos como principais, positivados, representando a ideia de justiça presente em determinado momento. Eles têm tanto a perspectiva cultural internacional, na medida em que são a positivação dos direitos humanos, quanto nacional, na medida em que são a positivação da normas éticas, próprias daquela sociedade.

A Constituição de 1988 (CF/88) consagrou um rol extensivo de direitos fundamentais. Dentre esses direitos, encontram-se os *direitos sociais*. Segundo Toledo, eles são direitos à prestação positiva fática do Estado (dinheiro, bens ou serviços). Por serem direitos subjetivos, os direitos fundamentais sociais são justiciáveis, ou seja, podem ser demandados pelos indivíduos perante o Poder Judiciário.

O indivíduo deve possuir (i) *igualdade de oportunidades* para ter (ii) *igualdade material* e conseqüentemente (iii) *liberdade fática*. E isso tudo será possível por meio dos (iv) *direitos fundamentais sociais*, especialmente o (v) *direito ao mínimo existencial*, cuja essência é garantir o acesso a uma (vi) *vida minimamente digna*.

A *igualdade material* e a conseqüente *liberdade fática* que serão vivenciadas através do gozo do mínimo existencial são direitos de todo ser humano em razão da necessidade de fruição da dignidade, ainda que minimamente.

Saber quais direitos fundamentais sociais o indivíduo possui *definitivamente* é uma questão de *ponderação de princípios*. Conforme Alexy (2012), *o indivíduo tem um direito definitivo à prestação quando o princípio da liberdade fática possui um peso maior que os princípios formais e materiais colidentes, considerados em conjunto. Esse é o caso do mínimo existencial, único direito definitivo, ao contrário dos demais, que são prima facie.*

Mostra-se importante o estabelecimento de *direitos fundamentais sociais mínimos* que possam ser exigíveis como direitos *definitivos*. Tais direitos compõem o *mínimo existencial*, é dizer, *o núcleo essencial daquele conjunto de direitos sociais mínimos para garantir um patamar elementar de dignidade humana.*

Na CF/88, os direitos sociais – a saúde, educação, alimentação, moradia, entre outros – estão dispostos, sobretudo, no art. 6º. Entretanto, conforme o próprio conceito supracitado declara, *apenas uma pequena parcela compõe o conteúdo do mínimo existencial.*

Ainda, o *mínimo existencial* não pode ser confundido com *mínimo vital*. Esse último relaciona-se à garantia da vida humana, na dimensão apenas da sobrevivência do indivíduo, sem abarcar as condições para uma sobrevivência física em condições dignas (SARLET, 2013).

O *mínimo existencial* contempla o *mínimo fisiológico* representado pelas condições materiais mínimas relacionadas ao *direito à saúde*. Porém, o *mínimo existencial* apenas pode ser assim denominado caso se inclua a *dimensão sociocultural* na concepção do que é mínimo. Essa dimensão sociocultural refere-se ao *direito à educação*.

Os direitos à prestação fática demandam do Estado recursos financeiros para sua concretização e, sendo estes recursos escassos, faz-se importante delimitar quais direitos e prestações positivas devem ser tornados *direitos definitivos integrantes do mínimo existencial* pelo Estado para que não haja violação à dignidade humana.

Todavia, dada a limitação fática de recursos assinalada acima, questiona-se quais podem ser tornados direitos definitivos integrantes do mínimo existencial.

Mínimo existencial: conteúdo

O conteúdo do mínimo existencial varia de país para país e tem como base o momento histórico, pois as condições econômicas, financeiras e sociais de cada nação são distintas.

Leciona Toledo (2016) que, em nossa atual conjuntura nacional, *o mínimo existencial brasileiro é composto pelo núcleo essencial dos direitos à saúde e à educação*, ou seja, respectivamente pela garantia de um nível básico de assistência médica e de educação no nível infantil e ensino fundamental.

No caso da saúde, o tema é bastante controverso. Muitos autores debatem qual seria o *núcleo essencial*. Assim, antes propriamente de trabalhar qual seria este conteúdo, é relevante traçar algumas diretrizes sobre o direito à saúde.

O art. 196 da Constituição afirma que *a saúde é direito de todos e dever do Estado*, devendo ser garantida através de políticas sociais e econômicas que tenham por intuito a redução do risco de doença e de outros agravos, bem como o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua *promoção, proteção e recuperação*.

Tais ações e serviços integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um Sistema Único de Saúde (SUS), que é financiado por meio de recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como de outras fontes, conforme o art. 198, § 1º, da CF/88.

Percebe-se que *é imperativo saber quais ações e quais serviços são necessários para garantir o patamar mínimo de dignidade humana*. Questiona-se se seria possível, em âmbito de saúde, estabelecer até que ponto uma prestação seria exigível em caráter definitivo e em quais condições seria.

Com o intuito de estipular critérios, e dado o escopo deste trabalho, entendeu-se que a mais adequada delimitação do núcleo essencial é a proposta por Luciana Melquíades (2011) ao trabalhar com a ideia de *“demandas de saúde de primeira necessidade”*, cujas prestações são marcadas pela imprescindibilidade. Tal critério é fundamentado na qualificação da vida humana como o bem jurídico de maior relevância em virtude de ser condição para a fruição de todos os demais direitos.

Somado a esse conceito, tem-se a importante iniciativa do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) com a criação da “*Jornada do Direito da Saúde*”. Nela, busca-se critérios *para estabelecer quais são essas demandas de primeira necessidade*, através de enunciados diretivos que podem auxiliar o Poder Judiciário na tomada de decisões. A mais recente ocorreu em 2015 e com ela adveio a aprovação de mais 22 enunciados.

Já a educação cinde-se em (i) educação básica: educação infantil (de zero a 05), ensino fundamental (de 06 a 14) e ensino médio (de 14 a 17); e (ii) ensino superior: graduação e pós-graduação *stricto e lato sensu*.

A redação constitucional do direito à educação é confusa, pois a faixa etária entre 04 e 17 anos, que estipula como amparada pela educação “obrigatória e gratuita” levanta duas colocações:

- a) A garantia do direito a partir de 04 anos apenas foge a qualquer justificação lógica, uma vez que só chega a essa faixa etária aquele que sobreviveu de zero a 04 anos. *A fortiori* está incluída a educação infantil como de prestação obrigatória pelo Estado. Defendemos que em caso de inexistência de vagas e indisponibilidade de recursos orçamentários para ampliar o seu alcance, o Poder Público *deverá arcar com as despesas em uma unidade educacional privada*;
- b) A estipulação dessa “educação obrigatória” conduz à sua identificação como o núcleo essencial do direito à educação. Isso inclui, portanto, o ensino médio no conteúdo do mínimo existencial brasileiro, o que não se mostra exequível em nosso atual contexto socioeconômico. Porque, caso seja obrigatório, a oferta do ensino médio é exigível ao Estado por todo cidadão brasileiro, em qualquer espaço do território nacional, pois essa prestação se apresenta como direito subjetivo. Em virtude do mínimo existencial ser progressivo e em consonância às condições econômicas e sociais de cada país em um dado momento histórico, *somente a educação infantil (da creche à pré-escola) e o ensino fundamental estão compreendidas em seu núcleo essencial no tocante ao direito à educação*.

O ensino médio é definido pelo art. 208, inc. II e III da CF/88, que assevera que sua obrigatoriedade e gratuidade ocorrerão *progressivamente*. A Emenda

Constitucional 59/2009 deixa clara, em seu art. 6º, a obrigatoriedade da implementação progressiva, até 2016 – nos termos do Plano Nacional de Educação (PNE), com apoio técnico e financeiro da União – do disposto no art. 208, inc. I, da Constituição Federal (“*educação básica obrigatória e gratuita dos 04 (quatro) aos 17 (dezesete) anos de idade*”).

Todavia, diante da necessidade de uma “*progressiva universalização*” não há que se falar em direito subjetivo para todos. Não é possível vislumbrar, nas condições fáticas atuais, a concreta universalização nacional do ensino médio, mesmo no final do ano limite para tal (2016). Ou seja, o ensino médio não se mostra hodiernamente justificável e, portanto, é inviável incluí-lo no núcleo essencial do direito à educação.

Em suma e conforme supracitado, reafirmamos que *o mínimo existencial, no Brasil, é composto pelo núcleo essencial do direito à saúde – cuja delimitação dá-se por meio da noção de “demandas de saúde de primeira necessidade”– e também pelo núcleo essencial do direito à educação, que abarca a educação infantil (da creche à pré-escola) e o ensino fundamental.*

3.A IMPORTÂNCIA DOS PRINCÍPIOS FORMAIS NA REVISÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: PARÂMETROS PARA A CLASSIFICAÇÃO NA COLISÃO ENTRE PRINCÍPIOS

Cláudia Toledo

Alexandre Van de Pol

Bruno Ribeiro Uchôas

Karina Guimarães Machado

Victor Garcia

Palavras-chave: Princípios formais; políticas públicas; fórmula do peso; e parâmetros de classificação.

Introdução

Esse trabalho propõe e analisa parâmetros para classificar valores dos pesos concretos dos princípios formais da discricionariedade do Poder Executivo e da inafastabilidade do controle jurisdicional nas demandas por direitos fundamentais sociais, de forma a demonstrar sua relevância para o debate da interveniência do Judiciário no controle de políticas públicas. Para isso, este trabalho se muniu dos parâmetros apresentados por Matthias Klatt em *Positive Rights Who Decides? Judicial Review in balance*, e da consideração do argumento da reserva do possível.

Para tanto, serão expostos: o conceito de direitos fundamentais sociais e sua relação com este debate; os parâmetros propostos para auxiliar na ponderação de princípios formais e sua adequação a este debate, sem, contudo, apresentá-los como exaurientes; o enquadramento argumentativo da reserva do possível em um destes parâmetros; os desafios enfrentados em alguns deles na fase de cognição; e, finalmente, sua relevância para a harmonia dos Poderes envolvidos.

Entende-se que direitos fundamentais sociais são direitos subjetivos que exigem do Estado uma prestação positiva fática, ou seja, são direitos humanos positivados constitucionalmente que possuem aplicabilidade direta e exigem uma prestação material por parte do Estado, sendo, portanto, justiciáveis.

Apenas a partir do reconhecimento desses direitos como justiciáveis se pode começar a mensurar sua relevância no debate de competências. A colisão pode ocorrer pois o Executivo, que formular políticas públicas, passa a estar sujeito a responder ao Judiciário nas demandas por direitos sociais sempre que houver um debate sobre que envolva a intervenção na política pública judicialmente. Isto, portanto, coloca os princípios formais da discricionariedade do Executivo e da inafastabilidade do Poder jurisdicional em colisão.

Parâmetros à Classificação

Segundo a Teoria dos Princípios de Alexy, os princípios orientadores do sistema jurídico são divididos em dois tipos, os princípios materiais, dentre os quais estão aqueles declaradores de direitos fundamentais, e os princípios formais, definidores de procedimentos e competência dos órgãos do Estado.

Por tratar-se, aqui, de colisões entre competências, e da busca de qual poder deve prevalecer como competente em uma demanda relacionada a direitos fundamentais sociais, vamos expor, brevemente, os parâmetros a serem lançados na fórmula do peso de Alexy, utilizada para a solução daquelas colisões.

Klatt, em *Positive Rights who decides? Judicial Review in balance*, trabalha parâmetros para a ponderação dos princípios formais da liberdade do legislador e da inafastabilidade do poder jurisdicional nos casos de revisão judicial da decisão do Legislador, notadamente, ao envolver o mínimo existencial. Não obstante, os critérios lançados são também aplicáveis às decisões do Executivo e sua revisão pelo Judiciário: qualidade da decisão; confiabilidade epistêmica das premissas; legitimidade democrática; significância dos princípios materiais; função específica de cada uma das competências.

Emprestamos os parâmetros enumerados por Klatt, pois eles guardam estreita com os conflitos de competência em si e não somente nos conflitos entre Judiciário e Legislativo que é a hipótese que ele analisa, sendo, recursos argumentativos auxiliares à classificação à intensidade da interferência.

A qualidade da decisão é determinada da seguinte maneira: “quanto maior a qualidade da decisão primária, maior peso deve ser aplicado à competência do órgão que a proferiu”. No caso analisado por este trabalho, “decisão primária” é a

decisão do poder executivo, sendo a “qualidade” aferida pelos argumentos trazidos na sua justificação, de modo que “quanto mais extensos e convincentes forem os argumentos, melhor a qualidade da decisão”.

A confiabilidade epistêmica das premissas da decisão é aferida da seguinte forma: “quanto menor a confiabilidade das premissas apresentadas, maior peso deve ser aplicado à competência do ente que tem autoridade especial para ou solucionar essa baixa confiabilidade ou para decidir apesar dela”. “Confiabilidade” é a comprobabilidade, evidência e cientificidade das premissas empíricas e normativas. O órgão competente para decidir em casos de baixa confiabilidade é o Executivo, dentro dos limites da sua margem de discricionariedade.

A legitimidade democrática é avaliada segundo a relação: “quanto maior a legitimidade democrática de uma competência, maior o peso desta competência”. Contudo, há questões a serem consideradas diante os argumentos do princípio formal da democracia: às vezes, questões podem ser negligenciadas pelo Executivo e só encontrarem vazão à efetividade no Judiciário, responsável por cobrir seus lacunas deixadas pelo Legislativo, devendo estes elementos serem considerados no caso concreto.

A significância dos princípios materiais é estimada conforme a seguinte expressão: quanto mais intensamente a decisão interferir em um princípio material, menor é a importância da competência do ente (do poder executivo, no caso deste resumo) para decidir autonomamente e maior é a importância da competência do judiciário para controlar a decisão.

A função específica de cada uma das competências em colisão deve ser levada em consideração segundo a relação: quanto mais satisfeita a competência específica de um ente, mais seriamente deve ser considerada a intervenção na sua decisão, ou seja, quanto maior a revisão judicial da decisão do poder executivo nas funções para as quais tem competência originária, mais grave é essa intervenção.

A Reserva do Possível

O argumento da reserva do possível é comumente levantado pelo Executivo em respostas às demandas por direitos fundamentais sociais no poder judiciário e é apoiado em dois fatores: a (i) razoabilidade do interesse particular e o (ii)

equilíbrio do orçamento público, sendo este decorrente do limite orçamentário ou da previsão de recursos voltada à determinada política pública, elaborada em conjunto pelo Executivo e Legislativo, ou da previsão de recursos absoluta, que seria o esgotamento dos cofres.

Entendemos que a revisão judicial pode provocar, sim, a readequação da execução pelo Executivo de suas políticas públicas. Isto podendo ocorrer em maior ou menor grau a depender do volume de recursos demandados para atender cada indivíduo e de quantos esses indivíduos.

Se para atender a uma decisão judicial, porém, for necessária a abertura de créditos orçamentários, estaremos diante de colisão também com o poder legislativo, o que demandaria a inclusão do princípio formal da liberdade do legislador, além do princípio da discricionariedade do Executivo, uma vez que a abertura de tais créditos é de competência compartilhada desses Poderes.

Para o caso em análise, então, enquadraremos o argumento da reserva do possível ao parâmetro da função específica do Executivo, executar políticas públicas, pois a possibilidade de se realizar a demanda está diretamente ligada à função deste Poder. Dessa forma, podemos formular que quão mais custosa for a demanda (em relação ao todo possível para o ente que sofre a intervenção), mais grave será esta intervenção.

Há alguns pontos a serem levantados quanto à qualidade do processo cognitivo prévio à revisão judicial. Quanto à qualidade da decisão primária, releva-se que há uma frequente falta de justificação destes atos. Quanto à confiabilidade epistêmica, apesar da epistemologia normativa ser comumente clara, a epistemologia empírica só será encontrada em um Executivo diligente que estuda a matéria da política pública que intenta aplicar, o que por uma análise superficial mostra-se pouco evidente no nosso escopo político. Quanto ao argumento da reserva do possível, apesar de muito comum nas defesas do Executivo, exige a demonstração daquilo que impede este Poder de cumprir a demanda, prova que, até onde se estudou, dificilmente é apresentada, levantando-se apenas sua presença no escopo argumentativo da contestação.

Conclusão

O uso dos parâmetros propostos, bem como o enquadramento do argumento da reserva do possível em um deles, permite ao Judiciário uma melhor orientação decisória diante da colisão dos princípios formais elencados. Isto é necessário, pois, apesar de a ponderação ser uma ótima ferramenta para a solução dessas situações jurídicas, deve ser complementada por parâmetros que auxiliem a classificação dos pesos concretos na fórmula do peso alexyana, aumentando os critérios decisórios e controlando a decisão judicial, bem como preservando o equilíbrio dos Poderes.

Este estudo é relevante, pois, a revisão judicial pode ter consequências grandiosas tratando-se de interveniência do Judiciário no Executivo para a Teoria do Direito. Permitir inadvertidamente que isto ocorra seria permitir o estabelecimento de um Estado Judicial, além de fomentar o ativismo judicial em substituição do movimento político responsável por estabelecer, na esfera do Executivo, as políticas públicas em acordo com o plano político aprovado democraticamente. Noutro sentido, impedir completamente a revisão judicial abriria espaço às arbitrariedades de um governo a despeito do princípio da legalidade, algo que nosso sistema jurídico veda desde o reestabelecimento do nosso exercício democrático.

4.A TENSÃO NO ACESSO À SAÚDE PELA VIA JUDICIAL: O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL FAZ JUSTIÇA NO CASO CONCRETO OU DESVIRTUA O DIREITO À SAÚDE?¹

Waleska Marcy Rosa

Lívia Calderaro Garcia

Eduardo Khoury Alves

Palavras-chave: Direitos sociais; Núcleo essencial; STF; Judicialização.

A atual Constituição, chamada de 'Constituição Cidadã', promulgada em 1988, possui tal denominação devido ao viés social que apresenta, como pode ser verificado através do artigo 6º, onde se encontram transcritos alguns direitos sociais que regem o Estado brasileiro. Assim, tem-se que o objeto de pesquisa do presente trabalho é o exame desses direitos sociais na perspectiva do Supremo Tribunal Federal, com a análise de como a Corte se apropria da argumentação acerca dos direitos fundamentais ao decidir demandas pela sua efetivação e em que medida tais decisões podem afetar o núcleo essencial dos direitos fundamentais em tela, ou, posto por outra perspectiva, como o Supremo Tribunal Federal se relaciona com os outros poderes ao decidir demandas que, por disposição constitucional, representam deveres para os entes políticos no sentido de impor-lhes o ônus da formulação de políticas públicas que empreguem os recursos estatais para a maior realização possível dos direitos fundamentais.

Faz-se necessário evidenciar que esta pesquisa é continuação de um projeto realizado anteriormente (agosto de 2015 a julho de 2016) intitulado *Constituição, cidadania e direitos sociais: identificação de possíveis tensões entre a Constituição e Cidadania nos julgados do STF a partir de 2010*. Desse projeto serão utilizados os resultados quantitativos para, a partir deles, realizar a análise qualitativa,

¹Trabalho realizado a partir do projeto intitulado *Constituição, cidadania e direitos sociais: identificação de possíveis tensões entre Constituição e Cidadania nos julgados do STF de 2010 a 2015 (PROBIC/FAPEMIG/UFJF)*.

ou seja, um exame dos recursos argumentativos empregados pelos ministros em seus votos, objetivando a obtenção de um panorama de interpretação e da aplicação do direito social à saúde e das consequências do posicionamento do Supremo Tribunal Federal com relação ao direito em voga. Com base nos resultados preliminarmente obtidos, foi constatada profusão de decisões do STF no sentido de determinar a prestação referente ao direito social que gerou o acórdão. Fato relevante para a pesquisa, notadamente para a apreciação da amplitude que os direitos sociais podem passar a ter a partir de interpretações feitas pelo referido Tribunal ao prolatar suas decisões. Assim, especialmente nesta fase da pesquisa, coloca-se como objeto de análise, também pelo aspecto qualitativo das decisões examinadas, a possibilidade de que os custos com os processos e as concessões judiciais relativas ao direito à saúde tenham impacto significativo na dotação orçamentária do Estado disponível para a formulação de políticas públicas voltadas para a criação e manutenção da rede pública que visa a efetivar este direito.

Percebe-se que o Judiciário, por meio de seu ativismo, coloca em risco o equilíbrio entre a receita e a despesa ao direcionar indiscriminadamente a concessão de direitos que, em análise mais detida, frequentemente nem mesmo se enquadram como direitos de primeira necessidade. Assim, a interferência na programação de gastos públicos impede a concretização das demandas de saúde de primeira necessidade, as quais visam à proteção da vida, o bem maior a ser tutelado pelo ordenamento, por se tratar de um pilar necessário para a existência dos demais direitos. Como propõem Holmes e Sustain em seu clássico *The Cost of Rights* (1999), talvez os tribunais, notadamente aqueles dotados da prerrogativa da interpretação constitucional, pudessem executar um papel mais modesto, chamando a atenção pública para casos em que os atores políticos têm evidentemente faltado com as suas responsabilidades. Ao analisar essa questão sob a perspectiva constitucional brasileira, Virgílio Afonso da Silva aponta que se deve criar condições de diálogo intersubjetivo e de controle social da atividade do Legislativo, Judiciário e Executivo, partindo-se de um modelo que imponha sempre exigências de fundamentação, sobretudo para a não promoção de um direito fundamental. Procura-se estabelecer que a restrição à realização de dado direito fundamental apenas é possível quando houver uma justificativa constitucional - ou seja, quando os recursos públicos estiverem sendo alocados prioritariamente para a efetivação dos direitos

fundamentais, e prioritariamente para a realização do seu núcleo essencial, nós acrescentamos, na maior medida possível. Para tal exame, mostra-se essencial o estudo proposto e iniciado desde fase anterior deste trabalho de analisar a forma como o Supremo Tribunal Federal lida com as demandas relacionadas ao direito à saúde, tendo como base inclusive a distinção traçada e desenvolvida por Melquíades, que as biparte entre demandas de primeira necessidade, propriamente integrantes do núcleo essencial, e demandas de segunda necessidade.

Objetiva o trabalho analisar como a concessão, por vezes não solidamente fundamentada, de direitos sociais à saúde considerados de segunda necessidade, poderá findar por alterar o núcleo essencial desses direitos. A alteração, como adverte as decisões selecionadas, indica a ampliação do núcleo essencial, situação periclitante considerando que o conteúdo e o alcance dos direitos fundamentais só são passíveis de aferição mediante a inclusão de possíveis limitações. A existência de *trade-offs* sempre que se opta pelo comprometimento dos recursos comunitários para algum fim foi advertida por Holmes e Sustain, e como salientou Sarlet: 'estudar os direitos fundamentais significa principalmente estudar suas limitações'. A limitação intrínseca aos direitos guarda relação direta com o fato de que todos os direitos têm custos, percepção que, como apontado ainda por Holmes e Sustain e, no Brasil, por Virgílio Afonso da Silva, é essencial para que se trate o tema dos direitos fundamentais – e principalmente os sociais, nós acrescentamos – francamente e de forma transparente, de modo a permitir o acesso democrático da população aos meios de gozo e exercício de seus direitos e um maior controle social sobre o planejamento de políticas públicas e alocação de recursos comunitários escassos, priorizando aqueles direitos inscritos na Constituição de 1988, os bens mais caros para a comunidade e que mereceram maior proteção estatal, realizada com recursos escassos captados dos membros dessa mesma comunidade. Um maior controle social e maiores possibilidades de diálogos interinstitucionais (e entre instituições e a população) têm o potencial de erigir os direitos sociais de fato como direitos comunitários e com fundamento na solidariedade, com a união de esforços para a realização do direito à saúde, primeiramente em seus aspectos mais elementares, para todos os indivíduos.

O projeto se justifica pela busca da análise desse controle exercido pelo Poder Judiciário que, ao tentar controlar a eficácia dos direitos sociais, acaba por desvirtuar e alterar os limites dos direitos relativos à saúde, com reflexos no

planejamento das políticas públicas e, ultimamente, mesmo na sua eficácia na promoção dos referidos direitos, especialmente visto que as decisões prolatadas pelo tribunal findarão por gerar precedentes para ações futuras. Destarte, espera-se que este projeto possa ter como resultado a obtenção de uma “radiografia” do STF no que toca aos parâmetros de investigação apontados no projeto de pesquisa.

Referências bibliográficas

DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades. *Possibilidades e limites do controle judicial sobre as políticas públicas de saúde: um contributo para a dogmática do direito à saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, 389 p.

HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. New York. W. W. Norton, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª edição, 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. 279 p.

5. CRISE E DIREITOS SOCIAIS: UMA ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DA CRISE EM PORTUGAL E AS POSSIBILIDADES DE SUA APLICAÇÃO NO BRASIL

Waleska Marcy Rosa

Marcos Felipe Lopes de Almeida

Palavras-chave: jurisprudência; crise; direitos sociais.

A consagração de direitos sociais (ou de segunda dimensão) pela Constituição Federal de 1988 imputa ao Estado, em especial a Administração Pública, um papel positivo na efetivação desses direitos, visando a igualdade material entre os indivíduos. As normas constitucionais que preveem direitos sociais têm caráter principiológico, demandando dos tribunais brasileiros um papel de destaque na determinação do seu conteúdo e do seu alcance, o que caracteriza o fenômeno de judicialização dos direitos sociais. Com isso, pode-se vislumbrar um processo de expansão dos referidos direitos, caracterizada também pelas constantes ampliações do rol expresso no artigo 6º da CF/88. A concretização desses direitos se dá, geralmente, através de prestações estatais, também chamadas de políticas públicas, as quais implicam custos financeiros. Quando a atuação judicial intervém em políticas públicas, a implementação das suas decisões pode encontrar entraves nas questões orçamentárias dos entes federados, além de proporcionar uma tensão na separação dos três poderes.

Atualmente, o Brasil passa por um momento delicado do ponto de vista econômico, o que também foi vivenciado por outros países, cujas economias foram assoladas por uma recessão desde o ano de 2008. Na Europa, alguns países sofreram impactos mais marcantes, como é o caso de Espanha, Grécia, Itália e Portugal. Esse último tem um ordenamento constitucional com diversas semelhanças em relação ao brasileiro, entretanto, também possui diferenças relevantes no que tange à dogmática dos direitos sociais. No Brasil, doutrina e jurisprudência majoritárias reconhecem a fundamentalidade desses direitos, enquanto em Portugal tal discussão

é cercada por controvérsias, ocasionando a existência de um regime jurídico distinto daquele aplicado aos direitos de liberdade. Em Portugal, diz-se, frequentemente, que os direitos de segunda dimensão sofrem de uma indeterminabilidade congênita, visto que há dificuldades de delimitar seu conteúdo apenas com base nas normas constitucionais. Logo, esses direitos teriam índole legal/infraconstitucional, pois dependeriam de intermediação legislativa capaz de densificá-los. Todavia, a falta de determinabilidade não se deu por omissão do constituinte: na verdade, é inerente à natureza de tais direitos, sendo também observada nos de liberdade

Assim, delinea-se como problema de pesquisa a averiguação do impacto que a crise econômica exerce sobre o posicionamento dos Tribunais pátrios no que concerne à efetivação de direitos e se, assim como em Portugal, há a formação de uma *jurisprudência da crise*. Nesse sentido, o Tribunal Constitucional Português já prolatou os acórdãos 396/2011, 353/2012 e 187/2013. Esses casos são emblemáticos, pois tratavam das reduções remuneratórias e da suspensão de subsídios dos servidores públicos. O Tribunal Constitucional adotou a linha argumentativa da persecução do interesse público em matéria orçamentária, por conseguinte, entendeu que tais medidas não eram inconstitucionais. Parte da comunidade jurídica portuguesa critica referido entendimento, alegando que houve violação dos princípios da igualdade, da segurança jurídica e da confiança legítima.

Como marco teórico, adota-se a noção de que os direitos sociais são direitos fundamentais, portanto, devem receber o mesmo tratamento destinado aos direitos de primeira dimensão, resguardadas as devidas particularidades. No âmbito dessa discussão, alguns conceitos têm proeminência, como a reserva do financeiramente possível, o mínimo existencial e a proibição do retrocesso social. Acerca desse último aspecto, em que pese a sua previsão expressa no artigo 18.3¹ da Constituição Portuguesa, sua abrangência não alcança os direitos sociais, principalmente em razão do artigo 17² do mesmo diploma. Isso evidencia o contraste existente entre o regime aplicado aos direitos de liberdade e o dos direitos sociais. No

¹ Artigo 18º - Força jurídica (...)

3. As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir o carácter geral e abstrato e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.

² Artigo 17º - Regime dos direitos, liberdades e garantias

O regime dos direitos, liberdades e garantias aplica-se aos enunciados no título II e aos direitos fundamentais de natureza análoga.

Brasil, a vedação do retrocesso consiste em construção doutrinária e jurisprudencial, cuja consolidação tem ocorrido paulatinamente.

A investigação se mostra relevante ao se considerar a natureza principiológica das normas de direitos sociais, que concedem margem de discricionariedade ao Judiciário na determinação do seu alcance e do seu conteúdo. Logo, em uma conjuntura de recessão, é possível e provável que ocorram alterações no entendimento dos tribunais. Dessa forma, como objetivo geral, busca-se analisar como a crise econômica impacta a efetivação de direitos de segunda dimensão. Para isso, é necessário fixar os seguintes objetivos específicos: identificar as características estruturais dos direitos sociais no ordenamento português e suas aproximações com o brasileiro; averiguar como o Judiciário está decidindo em matéria de direitos sociais, tendo em vista suas características, diante das condições fático-financeiras; e verificar a possibilidade de a jurisprudência brasileira manifestar comportamento semelhante à portuguesa.

A metodologia adotada engloba uma revisão bibliográfica, bem como análise das decisões da Corte Constitucional de Portugal posteriores ao início da crise. Em seguida, de posse dessas informações, serão feitas inferências a respeito das aproximações entre Brasil e Portugal. Portanto, trata-se de pesquisa empírico-qualitativa.

Por fim, os principais resultados obtidos evidenciam um distanciamento entre a atitude brasileira e a portuguesa, uma vez que nesse país os direitos sociais não têm reconhecido, majoritariamente, o seu *status* de direitos fundamentais. O Tribunal Constitucional Português busca garantir o equilíbrio orçamentário, aceitando que restrições sejam aplicadas temporariamente, em nome da situação econômico-financeira excepcional. Dessa forma, o Tribunal adota o contexto como parâmetro para aferição da inconstitucionalidade, não apenas o texto normativo.

Bibliografia

ALEXANDRINO, José de Melo. O impacto jurídico da jurisprudência da crise. **Revista da Faculdade de Direito do Porto**. n. 11. Porto: Coimbra, 2014, p. 159-165. Disponível

em:<[https://sigarra.up.pt/fdup/pt/web_gessi_docs.download_file?p_name=F-774527036/A.11%20\(2014\)%20p.159-165.pdf](https://sigarra.up.pt/fdup/pt/web_gessi_docs.download_file?p_name=F-774527036/A.11%20(2014)%20p.159-165.pdf)>. Acesso em 05 set. 2016

BREGA FILHO, Vladimir. Proibição do retrocesso social: o estado da arte em Portugal e no Brasil. In: **Revista Argumenta Journal Law**. n. 19. Jacarezinho: UENP, 2013, p. 103-123. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/409/pdf_36>. Acesso em: 05set. 2016.

GONÇALVES, Pedro et al. **A Crise e o Direito Público**. ICJP: Lisboa, 2013. Disponível em: <http://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/ebook_encontrosdp_31ouo2013a.pdf>. Acesso em 05 set. 2016.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais**: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra, 2010.

PINHEIRO, Alexandre Sousa. A jurisprudência da crise: Tribunal Constitucional português (2011-2013). **Observatório da Jurisdição Constitucional**. Ano 7, n. 1. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, jan.-jun. 2014, p. 168-189. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/view/961/641>>. Acesso em 05 set. 2016.

6. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DOS E-READERS

Elizabete Rosa de Mello

Leandro Batista Miranda

Palavras-chave: Imunidade tributária. *E-readers*. Imunidade cultural.

Muito se tem discutido acerca da possibilidade da incidência da imunidade tributária cultural aos *e-readers* – aparelhos eletrônicos responsáveis por reproduzir textos digitais. Conforme dispõe a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 150, inciso VI, alínea “d”, é vedado à União, aos Estados-membros, ao Distrito Federal e aos Municípios instituir impostos sobre livros, jornais, periódicos e o papel destinado à sua impressão, motivo pelo qual frequentemente recorre-se ao judiciário no intuito de obter esta imunidade para aparelhos eletrônicos que desempenham a mesma função dos livros impressos mas que não estão previstos no tipo por terem chegado ao mercado em momento posterior à Carta Magna.

Existem discussões distintas no âmbito judicial e doutrinário, mas que são constantemente confundidas: a relativa aos *e-books* e a que diz respeito aos *e-readers*. Os primeiros são os livros em si, as ideias que se materializam nos textos, enquanto os segundos referem-se ao equipamento eletrônico capaz de reproduzir o conteúdo textual. Assim, o debate que apresenta maior grau de divergência relaciona-se a imunidade tributária dos *e-readers*, uma vez que, os *e-books* são mais facilmente assimilados ao conceito tradicional de livro e, portanto, têm obtido a imunidade tributária no âmbito judicial.

Desse modo, no que tange os *e-readers*, existem decisões judiciais favoráveis e contrárias à imunidade tributária, como pode ser visto nos Agravos de Instrumento de números 20140020228830 (TJ/DF) e 00309395020144030000 (TRF-3), respectivamente. Ambos possuem justificativas bastante plausíveis para fundamentarem suas teses.

No que se refere às decisões favoráveis, a principal tese argumentativa recai sobre a interpretação teleológica que se faz do artigo, do qual se depreende que

o real interesse da norma está em efetivar garantias constitucionais, tais como a livre manifestação do pensamento, expressão da atividade intelectual, artística e cultural, acesso à informação, à educação, entre outros, de modo que se faria plenamente possível a extensão da imunidade aos equipamentos eletrônicos, atendendo a estes mesmos objetivos constitucionais.

Quanto aos que optam por negar o provimento à demanda, defendem a interpretação literal do artigo, que tutela apenas os livros impressos. Além disso, a maioria destes dispositivos possuem outras funções, que não se destinam à leitura de textos, mas sim à reprodução e armazenagem de fotos, por exemplo, desvirtuando o propósito da norma.

A celeuma já alcançou o STF por meio de um pedido de suspensão de liminar (SL 818), ocasião em que o Ministro Ricardo Lewandowski negou a demanda do Estado de Minas Gerais que pedia a suspensão de uma decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, na qual se autorizava a empresa Saraiva e Siciliano S/A a comercializar o *e-reader* sem o recolhimento do ICMS.

O tema também é objeto de apreciação na Suprema Corte que reconheceu Repercussão Geral no RE 330817, referente a um recurso interposto contra decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que manteve a sentença declaratória de existência da imunidade em questão ao *software* “Enciclopédia Jurídica Eletrônica” e ao CD-ROM, mídia na qual o texto está gravado. Desse modo, deve ser analisado se a imunidade concedida aos livros, jornais, periódicos e papel destinado à impressão dos mesmos alcançaria também os suportes físicos ou imateriais utilizados na veiculação dos livros eletrônicos.

Neste recurso extraordinário em questão a representante da União, Procuradora da Fazenda Nacional, Alexandra Maria Carvalho, contrapõe a tese de que o intuito da imunidade ora debatida seja a promoção da cultura e educação, sendo na verdade uma forma de evitar o cerceamento da liberdade de expressão e controle de imprensa, uma vez que, a origem da imunidade tributária do papel remonta à Constituição Federal de 1946, ou seja, trata-se de evidente reação ao período ditatorial do Estado Novo, vivenciado nos anos anteriores à esta Carta. Por esse motivo, não é razoável a concessão de imunidade aos suportes físicos, sendo que tal benesse já é reconhecida pela Receita Federal aos *softwares*, os *e-books*, o que por

si só atende à vontade do constituinte expressa no artigo 150, inciso VI, alínea “d” da Constituição Federal de 1988.

Em discordância às colocações da Procuradora da Fazenda o advogado Tiago Conde, representante da Associação Nacional de Editores de Revistas, defende que o intuito do legislador seria garantir o acesso à cultura e, assim, a imunidade cultural deve ser concedida aos suportes físicos como meio de materializar a vontade do poder constituinte.

A advogada Ana Frazão, representante do Sindicato Nacional dos Editores de Livro, por sua vez, afirma que não é necessário realizar interpretação do dispositivo, basta contextualizarmos a figura do livro na sociedade tecnológica em que vivemos, afinal o CD-ROM, que é o suporte físico desta discussão, representa a mesma função que o papel exerce no livro, ou seja, ambos são meios de materializar as ideias do autor e, portanto, objeto da imunidade em questão.

Após a exposição destas ideias, o Ministro Dias Toffoli antecipou que seu voto será pelo desprovisionamento do recurso, ou seja, na opinião do jurista a imunidade deve ser mantida aos suportes físicos responsáveis pela reprodução textual. Em seguida o julgamento foi suspenso e, atualmente, aguarda abertura de nova sessão que dará prosseguimento ao feito.

Assim, fica evidente a notória importância da discussão em questão, que envolve aspectos técnicos relacionados às características de equipamentos eletrônicos bem como à aprofundada discussão jurídica por meio de interpretação do ordenamento, que afetará importantes garantias constitucionais, devendo, portanto, ser analisado de forma minuciosa para que se evite o cerceamento de garantias fundamentais.

Referências Bibliográficas

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

BRASÍLIA (DF). Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Agravo de Instrumento nº 20140020228830. Agravante: Distrito Federal. Agravada: Saraiva e Siciliano S/A. Relator: Desembargador Alfeu Machado. Brasília, DF. 21 de janeiro de

2015. Disponível em: <http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/164121533/agravo-de-instrumento-agi-20140020228830-df-0023050-9820148070000/inteiro-teor-164121633>. Acesso em: 28 ago. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (3ª. Região). Agravo de Instrumento nº 0030939-50.2014.4.03.0000. Agravante: Saraiva e Siciliano S/A. Agravada: União Federal(Fazenda Nacional). Relator: Desembargador Carlos Muta. São Paulo, 22 de janeiro de 2015. Disponível em: <http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/4166755>. Acesso em: 28 ago. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. Suspensão Liminar nº818. Requerente: Estado de Minas Gerais. Requerido: Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Relator: Ministro Presidente Ricardo Lewandowski. Brasília, 11 de dezembro de 2014. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25338246/suspensao-de-liminar-sl-818-mg-stf>. Acesso em: 29 ago. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. Notícias STF - STF inicia julgamento de recurso sobre imunidade tributária de livro eletrônico. Publicado em 29 de set. 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326350>. Acesso em: 13 nov. 2016.

7. ICMS ECOLÓGICO: O PAPEL DA EXTRAFISCALIDADE TRIBUTÁRIA NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO

Elizabete Rosa de Mello

Eliane Beatriz Cunha Policiano

Flávio dos Santos Nascimento

Laura Fonseca Simon

Murilo Silveira Queiroz

Víctor Luna Vidal

Palavras-chave: Direito Tributário. Direito Ambiental. ICMS. Extrafiscalidade. Meio Ambiente.

O Direito Tributário contemporâneo, fundado no redimensionamento do papel da Administração Pública e nas inovações empreendidas pelo legislador, especialmente quando se tem em perspectiva a égide da Constituição Federal de 1988, tem na função extrafiscal dos tributos uma ferramenta eficaz na concretização dos direitos fundamentais. Tal função, consistente, conforme enuncia Regina Helena Costa (2009, p. 48), “no emprego de instrumentos tributários para o atingimento de finalidades não arrecadatórias, mas, sim, incentivadoras ou inibitórias de comportamentos, com vista à realização de outros valores, constitucionalmente contemplados”, tem papel capital na criação de políticas públicas diversas, dentre as quais, cumpre ressaltar, está inserida a proteção do meio ambiente.

Sendo a tutela do meio ambiente ecologicamente equilibrado uma das preocupações do constituinte de 1988, a efetivação deste direito assume um caráter proeminente no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista que a sua salvaguarda configura, conforme ensina José Afonso da Silva (2014), na manifestação do próprio direito à vida. Neste contexto, registre-se que a conformação ecológica do artigo 225 do Texto Máximo traduz um dever para com as atuais e futuras gerações, sendo

objeto, portanto não somente de responsabilidade do Estado, mas também da coletividade.

Em face do presente panorama normativo, pretende-se ressaltar um dos mecanismos configuradores da função extrafiscal ambiental, qual seja, o ICMS Ecológico. Surgido na década de 1990, no Estado do Paraná, o projeto ambiental em alusão tem como supedâneo a lógica do protetor-recebedor, ou seja, trata-se de princípio que visa compensar financeiramente, como incentivo pelo serviço prestado, aquele que protege um bem natural, representando, assim um símbolo da justiça econômica. Tal compensação, como se percebe, representa um novo paradigma na proteção ambiental, uma vez que tem por fundamento a possibilidade de indenizar ou compensar pela conservação e restauração do meio ambiente, promovendo a utilização da natureza de forma sustentável.

Neste diapasão, observa-se que o arcabouço normativo da medida em análise tem como supedâneo a regência do artigo 158, inciso IV da CRFB/88, que determina que 25% do valor arrecadado com o ICMS pertence aos Municípios. Deste *quantum*, o parágrafo único do mesmo artigo define que 75% deste montante corresponde ao valor distribuído aos Municípios, conforme o critério do valor agregado fiscal e o restante, isto é, 25%, devem ser repassados por intermédio de Lei Complementar Estadual. Em vista disso, o ICMS Ecológico pode ser conceituado como o conjunto de critérios ambientais a ser considerado quando do cálculo para repasse relativo à parcela do ICMS para cada Município, de acordo com cada legislação estadual.

No tocante à experiência do Projeto em Minas Gerais, destaca-se que a Lei 18.030 de 2009, também conhecida como Lei Robin Hood, corresponde, atualmente, ao instrumento de veiculação do sistema em comento no Estado. Partindo dos critérios constitucionais atinentes à distribuição do montante de 25% destinados aos Municípios, a referida Lei destina 1,1% ao critério ecológico. Este, por sua vez, conforme previsto no artigo 4º da supracitada Lei, é dividido em três subcritérios, a saber, tratamento ou disposição final de lixo ou de esgoto sanitário, criação e manutenção de unidades de conservação estaduais, federais, municipais e particulares e área de reserva indígena e, por fim, área de ocorrência de mata seca, vegetação característica da região norte do Estado.

Sob a perspectiva de que diversos fatores ambientais significam limites ao crescimento econômico de alguns Municípios – e, conseqüentemente, entraves a repasses maiores de ICMS –, bem como pela necessidade de redistribuição de recursos públicos para os Entes Federativos de economia menos pujante, torna-se evidente que a estratégia deste Projeto possibilita aumentar a receita destes entes. Por sua vez, o incremento arrecadatário propiciado pela medida permite o reinvestimento municipal na manutenção dos projetos ambientais em curso, assim como o desenho de novas propostas tanto nesta seara como em outras áreas de atuação, tendo em vista o princípio da não vinculação de receitas, conforme previsto no inciso IV do art. 167 da Constituição Federal.

Nesta toada, impende registrar que muitos Estados brasileiros têm aderido a tal critério legislativo, como tentativa de valorizar, com maior renda, Municípios com políticas ambientais. Desta maneira, promove-se a concepção de meio ambiente ecologicamente equilibrado, visto que este se torna um instrumento eficaz na distribuição de riquezas. Não obstante vigore nas Legislações Estaduais há algumas décadas, percebe-se que ICMS Ecológico, ou melhor, a sua implantação em muitos Municípios brasileiros ainda tem ocorrido de forma incipiente. Tal fato pode ser comprovado, conforme verifica no plano fático, pela existência de fatores diversos, os quais merecem ser apontados no presente trabalho. Exemplificativamente, destaca-se o conhecimento ainda pouco difundido acerca dos benefícios proporcionados pela extrafiscalidade da medida, especialmente nos Municípios menores, visto que contam, em regra, com quadro de agentes públicos limitado e, por muitas vezes, menos qualificado. Lado outro, verifica-se a ocorrência de dificuldades de ordem hermenêutica em face de critérios demasiadamente abstratos previstos nas Leis Estaduais, demandando, assim, a aplicação de conhecimentos multidisciplinares nas esferas jurídica e ambiental. Ademais, outro fator negativo encontra atrelado à natureza extremamente burocrática e lenta no preenchimento dos requisitos para a obtenção das vantagens enunciados, desestimulando, assim, a iniciativa dos Municípios.

Nesta perspectiva, vislumbra-se que o último fator destacado foi constatado no âmbito de desenvolvimento do Projeto, tendo em vista a realização de uma reunião com o Secretário do Meio Ambiente do Município de Juiz de Fora, a fim de identificar o que já foi implementado na localidade. Neste encontro estiveram presentes também

a Engenheira Ambiental do Departamento Municipal de Limpeza Urbana (DEMLURB) e a Representante da Fazenda Pública. Apesar do interesse comum na melhor arrecadação de recursos para a cidade, dificuldades práticas foram encontradas como, ilustrativamente, a obtenção de informações precisas sobre os critérios legais, além de questões relativas à viabilidade do desenvolvimento de ações mais efetivas.

Malgrado possam ser verificados obstáculos na concretização dos pressupostos arguidos, registra-se ser dever estatal promover políticas públicas que zelem pelos valores constitucionais, inclusive, no que se refere ao meio ambiente, tais como a proposta do ICMS Ecológico. Para tanto, a estipulação de critérios mais precisos e objetivos para o alcance dos critérios é imperativa tendo em vista o panorama contemplado e, especialmente, a égide norteadora dos princípios da publicidade e da eficiência na Administração Pública, conforme prevê o artigo 37 da Lei Máxima.

Por derradeiro, no que tange à tributação, verifica-se que, por meio da extrafiscalidade tributária ambiental, está-se diante de um aparato institucional de grande potencial na intervenção nos seios econômico e social, particularmente no que concerne ao ambiente ecologicamente equilibrado. Em sede de um Federalismo Cooperativo, o propósito deste instituto legislativo é o incentivo à proteção ambiental, que decorre justamente do repasse de verbas de Estados para Municípios, de forma a não onerar a carga tributária do contribuinte. Logo, resta evidente que o ICMS é um imposto de grande utilidade prática, tendo em consideração não só a sua relevante incidência nas relações comerciais, mas também por se constituir como um pilar da concretização da justiça social.

Referências

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 14 nov. 2016.

COSTA, Regina Helena. *Curso de Direito Tributário: Constituição e Código Tributário Nacional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

GONÇALVES, Régis Afonso Furtado Gonçalves. *A extrafiscalidade e o ICMS Ecológico como instrumentos econômicos de política e preservação ambiental.*

Disponível em

<http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2008_1/regis_afonso.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2016.

PAULSEN, Leandro; MELO, José Eduardo Soares de. *Impostos federais, estaduais e municipais.* 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

TORRES, Ricardo Lobo. *O Conceito Constitucional de Tributo.* In: TORRES, Heleno (Coor.). *Teoria Geral da Obrigação Tributária. Estudos em homenagem ao Professor José Souto Maior Borges.* São Paulo: Malheiros, 2005.

8.A RELAÇÃO ENTRE O ARTIGO 14, INCISO II, DA LEI DE POLÍTICA NACIONAL DO MEIO AMBIENTE (LEI N. 6938/81) E O PRINCÍPIO DA PREVENÇÃO DO DANO AMBIENTAL

Elizabete Rosa de Mello¹

Luiza Monteiro Paiva²

Palavras-chave: Tributação ambiental. Incentivos fiscais. Extrafiscalidade tributária. Princípio da prevenção ambiental.

O trabalho é oriundo do Projeto de Pesquisa/PROGRAMA INSTITUCIONAL DE BOLSAS DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA VIII PIBIC/CNPQ/UFJF NAS AÇÕES AFIRMATIVAS - 2016/2017 e analisa a potencialidade do Direito Tributário de induzir comportamentos ambientalmente orientados (BRANDÃO, 2013), mediante a utilização das normas tributárias com vistas à finalidade extrafiscal. Nesse sentido, baseia-se, como marco referencial, nas lições de SCHOUERI (2005), para quem, em matéria tributária, as normas preveem, basicamente, o dever de pagar tributos em decorrência da consumação de um fato estabelecido em lei. No entanto, esta norma, ainda que implicitamente, possui o condão induzir determinado comportamento do contribuinte³, seja em razão da concessão de benefícios fiscais direcionados (como isenção quanto à uma dada exação para quem comprovar a adoção de medidas de produção que não causem danos ambientais), seja em virtude do agravamento da exigência tributária.

Sob essa ótica, PERALTA (2015) sustenta que as complexidades da moderna sociedade do risco exigem a reconfiguração do Estado de Direito, que deve

¹ Professora Adjunta do Departamento de Direito Público Material da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF).

² Acadêmica do 10º período da Graduação em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF).

³ “[...] por meio das normas tributárias indutoras, o legislador vincula a determinado comportamento um consequente, que poderá consistir em vantagem (estímulo) ou agravamento de natureza tributária. A norma tributária indutora representa um desdobramento da norma tributária primária, na qual se faz presente a indução (ordem para que o sujeito passivo adote certo comportamento)” (SCHOUERI, 2005, p. 40).

se tornar um *Estado de Direito Ambiental*, seguindo os axiomas que emanam da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, mormente em seus artigos 170, inciso VI⁴, e 225. Assim, a atuação do Estado, norteadada em uma agenda de sustentabilidade ambiental, implica na adoção de instrumentos econômicos e fiscais “com o intuito de migrar de uma economia marrom – degradadora do meio ambiente – para uma economia verde que incentive o consumo consciente, a introdução de tecnologias limpas, o uso de energia renovável” (PERALTA, 2015, p. 127). Todavia, o autor esclarece que não existe um modelo estandarte de sistema tributário sustentável, motivo pelo qual os instrumentos fiscais para a tutela – preventiva e/ou repressiva – do meio ambiente deverão atender às peculiaridades sociais, ambientais e econômicas de cada país.

Considerando que o sistema tributário pátrio caracteriza-se como regressivo, com baixa representatividade e retorno social e carente de cidadania fiscal (PERALTA, 2015), além de prever rol taxativo para a espécie tributária com maior inserção extrafiscal – os impostos –, percebe-se que, não obstante a proteção ambiental esteja entre os valores constitucionalmente relevantes (CANOTILHO; LEITE, 2010), praticamente inexistem tributos ambientais *stricto sensu*⁵. Assim, o que se verifica no ordenamento jurídico pátrio é a presença de tributos ordinários – cujo propósito é essencialmente arrecadatório – que, de forma secundária e pouco coordenada, incorporam elementos ambientais (v.g., redução de alíquotas de impostos como o IPI no caso de produtos que não refletem negativamente sobre o meio ambiente).

Além da inclusão de fatores ambientais na composição dos tributos ordinários, há a previsão, em legislações extravagantes de cunho ambiental, de incentivos para as atividades econômicas que respeitem o meio ambiente – a exemplo das Leis Federais n 6.938/81 (artigos 8º, inciso V, 9º, inciso V, e 14, inciso II),

⁴Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...]VI - defesa do meio ambiente, inclusive **mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação**” (grifos nossos).

⁵ PERALTA (2015) distingue as normas tributárias ambientais em duas espécies, as que preveem tributos ambientais *lato sensu*, onde se enquadram os tributos ordinários, que possuem finalidade precipuamente arrecadatória, mas podem gerar efeitos extrafiscais ambientais (v.g., incentivos e benefícios fiscais com o fito de estimular comportamentos ambientais desejáveis), e as que estabelecem tributos ambientais *stricto sensu*, exações nas quais “deverá existir um vínculo entre a estrutura do tributo e o impacto causado no meio ambiente” (PERALTA, 2015, p. 129)

12.187/2009 (artigo 6º, inciso VI) e 12.305/2010 (artigos 6º, 8º, inciso IX, e 44) –, através, primordialmente, da adoção de alíquotas diferenciadas e flexíveis, desonerações e/ou isenções.

Com efeito, o presente estudo almeja demonstrar que o artigo 14, inciso II, da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, que sanciona com a perda/revogação de benefícios fiscais os empreendedores que não promovam as medidas necessárias à prevenção ou à reparação dos danos gerados pela degradação ambiental, ostenta não apenas o caráter de penalidade, mas também o de norma tributária extrafiscal indutora. Tal afirmação deriva da percepção de que o comando demove e desincentiva a prática de atividades econômicas e exploratórias desconformes aos limites de poluição admitidos pela legislação ambiental, uma vez que, caso o sujeito passivo-empendedor seja negligente ou adote conduta demasiadamente predatória, aplicar-se-á a consequência do agravamento da exação tributária⁶.

Desse modo, a previsão do artigo 14, inciso II, da Lei de Política Nacional de Meio Ambiente possui intrínseca relação com o princípio constitucional-ambiental da prevenção do dano, já que, para a manutenção dos benefícios e incentivos fiscais, determina que o contribuinte continue observando as regulações ambientais no exercício de sua atividade econômica, inibindo, por conseguinte, os riscos de lesão ao meio ambiente. Insta salientar que o objetivo das normas jurídicas e das políticas públicas ambientais deve ser, preponderantemente, a prevenção do dano ambiental e não a sua reparação, tendo em vista que, não raro, o retorno ao *status quo ante* é inviável (STEIGLEDER, 2011).

O Direito Tributário, desta feita, pode – e deve – exercer papel fundamental na indução de comportamentos ambientalmente sustentáveis pelos contribuintes, haja vista seu potencial de influência sobre as decisões econômicas conflitantes (*trade-offs*). Logo, o contribuinte que exerce atividade econômica nociva ao meio ambiente depara-se com dois cenários: ou observa a legislação ambiental que visa minorar ou

⁶ Nesse sentido: “Diante desse cenário, a norma que emana dos mencionados dispositivos representa medida alternativa à imposição de ônus financeiro, o que contribui positivamente para a preservação ambiental. Isso porque o não cumprimento da legislação ambiental implica diretamente o desembolso de recursos pelo contribuinte em razão da perda do benefício fiscal, **induzindo seu comportamento em conformidade com os parâmetros estabelecidos pela legislação ambiental**” (COSTA; CONCA; DIAS; LAVOURINHA, 2015, p. 36) (*grifos nossos*).

impedir os danos ambientais ou gera inconvenientes e prejuízos ao equilíbrio ambiental e é sancionado pela perda ou restrição de benefícios fiscais.

Referências

BENJAMIM, Antônio Herman V. Responsabilidade civil pelo dano ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, RDA 9/5, p. 75-136, jan-mar/1998.

BRANDÃO, Renata Figueiredo. *Incentivo fiscal ambiental: parâmetros e limites para sua instituição à luz da Constituição Federal de 1988*, 2013, 267 p. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. *Direito Constitucional Brasileiro*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CONCA, Gabriela de Souza; COSTA, Leonardo de Andrade; DIAS, Daniela Gueiros; LAVOURINHA, Andréa Romualdo. Os trade-offs na imposição de restrições ou perda de incentivos e benefícios fiscais com fundamento na Política Nacional do Meio Ambiente. In: CARLI, Ana Alice de; COSTA, Leonardo de Andrade; RIBEIRO, Ricardo Lodi (Orgs.). *Tributação e sustentabilidade ambiental*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2015.

FERNANDES, Andressa Guimarães Torquato. O controle ambiental dos benefícios fiscais: o próximo (e necessário) passo na evolução do instituto. In: CARLI, Ana Alice de; COSTA, Leonardo de Andrade; RIBEIRO, Ricardo Lodi (Orgs.). *Tributação e sustentabilidade ambiental*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2015.

PERALTA, Carlos E. Reforma fiscal verde e desenvolvimento sustentável: tributação ambiental no Brasil. Perspectivas. In: CARLI, Ana Alice de; COSTA, Leonardo de Andrade; RIBEIRO, Ricardo Lodi (Orgs.). *Tributação e sustentabilidade ambiental*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2015.

SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

STEIGLEDER, Annelise Monteiro. *Responsabilidade civil ambiental: as dimensões do dano ambiental no Direito Brasileiro*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

9.PROJETO PROBIC JUNIOR: CONHECENDO O ITBI DO MUNICÍPIO DE JUIZ DE FORA

Elizabete Rosa de Mello

Letícia Paiva M. da Silva

Ian Ferreira Rocha

Palavras-chave: ITBI, Imposto, Município de Juiz de Fora, Direito Tributário.

Conhecer os tributos locais é o primeiro passo para sensibilizar o aluno a entender o Sistema Tributário Brasileiro.

Compreender quais são os tributos que são cobrados e quais são afastados pelos benefícios fiscais é de grande relevância, já que o aluno poderá perceber a quantidade de tributos existentes no Município onde reside, e como está sendo investido o dinheiro público arrecadado.

A ausência de transparência fiscal é verificada pela falta de informação pela maioria dos Municípios que sequer mencionam em seus *sites* a quantidade, as espécies de tributos e a forma de calcular cada um, e será por meio desta pesquisa que se fará uma análise crítica da legislação tributária do Município de Juiz de Fora, de forma concisa (limitando-se estritamente ao necessário), e clara (sem interpretações dúbias ou ambíguas), com o objetivo de descobrir quais são e como são cobrados os tributos deste Município, bem como a quantidade e os benefícios fiscais concedidos aos munícipes.

Levar este tipo de informação aos alunos é formar cidadãos conscientes de seus direitos e deveres.

Neste Projeto os alunos pesquisaram com profundidade o ITBI (imposto sobre a transmissão de bens imóveis), seus elementos subjetivos e objetivos, já que outras espécies tributárias, como o IPTU (imposto sobre a propriedade territorial urbana) e o ISSQN (imposto sobre serviços de qualquer natureza) já foram abordados em outros Projetos.

Pretendeu-se atingir os objetivos deste Projeto por meio de levantamento da legislação tributária do Município de Juiz de Fora, já que não há livros especializados sobre a tributação municipal dessa cidade.

Depois verificou-se quais são os tributos afastados da incidência da norma impositiva e os métodos de tributação adotados.

A metodologia adotada foi descritiva, documental, orientada pelo modelo crítico-dialético.

O resultado desta pesquisa foi uma análise detalhada do ITBI, que originou na elaboração de um informativo eletrônico, na forma de perguntas e respostas para que todos tenham conhecimento dos elementos desse imposto e, principalmente, do que não devem pagar, ou seja, dos benefícios fiscais, que geralmente não são informados de forma transparente pelo Município, e como os munícipes poderão requerer tais benefícios. Este informativo será disponibilizado no *site* da Faculdade de Direito, como foi realizado para os IPTU e ISSQN, concretizando a cidadania fiscal.

Referências

- AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- ANTONELLI, Leonardo Pietro e GOMES, Marcus Lívio (coordenadores). **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 2. ed. Volumes 1, 2 e 3. São Paulo: *Quartier Latin*, 2010.
- ÁVILA, Humberto. **Sistema Constitucional Tributário**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- GODOI, Marciano Seabra. **Críticas à jurisprudência atual do STF em matéria tributária**. São Paulo: Dialética, 2011.
- MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MELLO. Elizabete Rosa de. **Direito Fundamental a uma Tributação Justa.** São Paulo: Atlas, 2013.

_____. MELLO. Elizabete Rosa de. **O Princípio da boa-fé no Direito Tributário.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

PAULSEN. Leandro. **Impostos Federais, Estaduais e Municipais.** 8. ed. Rio Grande do Sul: Livraria do Advogado, 2013.

_____. Leandro. **Direito Tributário – Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e jurisprudência.** 13. ed. Rio Grande do Sul: Livraria do Advogado, 2011.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. **Tributos – teoria geral e espécies.** Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

ROSAS JR., Luiz Emygdio Franco da. **Direito Financeiro & Direito Tributário.** 21. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

TORRES, Ricardo Lobo. **O Direito ao Mínimo Existencial.** Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. **Curso de Direito Financeiro e Tributário.** 19.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

WEISS. Fernando Leme. **Princípios tributários e financeiros.** Rio de Janeiro: *Lumen juris*, 2006.

10.A PREFERÊNCIA ENTRE OS CRÉDITOS DOS ENTES FEDERADOS E A VIOLAÇÃO AO PACTO FEDERATIVO

Karol Araújo Durço

Paulo Brigolini de Carvalho

Palavras-chave: Preferência de créditos. Recepção constitucional. Súmula 563 do STF.

O presente ensaio possui como objetivo discutir a recepção ou a não recepção dos artigos 187, parágrafo único, do Código Tributário Nacional e art. 29, parágrafo único, da Lei de Execução Fiscal pela atual ordem constitucional. Os mencionados dispositivos normativos estabeleceram, muito antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, uma preferência de créditos entre os diferentes entes federados determinando, em síntese, que os créditos da União e de suas autarquias serão recebidos antes dos créditos dos Estados e os créditos destes e de suas autarquias, recebidos antes dos créditos dos Municípios. Nesse sentido, a discussão decorre da suposta incompatibilidade de tais dispositivos legais com o sistema federativo de Estado.

Para cumprir o objetivo em questão, partiu-se de uma investigação sobre a forma federada de Estado, compreendendo, inclusive, seus reflexos sobre a ordem fiscal.

Nesse ponto, identificou-se que ideia de federalismo é de origem norte-americana e foi decorrente da necessidade de se estabelecer um governo eficiente mesmo em um vasto território, sem que se perdessem os ideais republicanos decorrentes da revolução de 1776¹.

Conforme os ensinamentos de Antônio Roque Carrazza, Federação é “uma associação, uma união institucional de Estados, que dá lugar a um novo Estado, o

¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 941. Nesse sentido conferir também: PUCCINELLI JÚNIOR, André. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 395 e seguintes.

Estado Federal, diferente dos Estados-membros”. Para ele, o aspecto mais relevante dessa união é o fato dos Estados federados “despirem-se da soberania em benefício da União”².

Sob o aspecto do federalismo fiscal no Brasil, identificou-se que a Constituição Federal de 1988, manteve um forte desequilíbrio financeiro que deve ser corrigido por uma nova reforma tributária que amplie a autonomia fiscal aos Estados e aos Municípios, a fim de torna-los financeiramente independentes do governo federal. Nesse aspecto, acabada restando evidente que, na realidade, o Brasil nunca funcionou como um regime federalista verdadeiro, pois a União sempre exerceu um grande poder sobre os Estados e os Municípios das principais capitais.

Quanto à execução concursal e a preferência para o recebimento dos créditos, restou demonstrado que a execução concursal do patrimônio do devedor empresário ou da sociedade empresária insolventes ocorre após a instauração do processo falimentar³, sendo forma de conferir iguais chances aos credores, de mesma categoria, de realização de seus créditos, tendo em vista que inúmeras execuções individuais não permitiriam discriminar os credores de acordo com os graus de necessidades e garantias contratadas.

Observou-se, ainda, que preferência é o pagamento prioritário de um crédito em desfavor daqueles que com eles concorrem, pelo que há que se concluir que a preferência só existe quando se fala em concurso de credores.

Quanto ao direito de preferência entre os entes federados, restou evidenciado que tanto os créditos que forem executados em apartado, quanto aqueles que dependerem do recebimento pelo rateio falimentar, ficam sujeitos a eventual preferência existente entre os próprios entes federados. Por outras palavras, a União pode, por exemplo, penhorar em uma execução fiscal o mesmo bem que foi penhorado pelo Estado em outra execução fiscal e, nessa circunstância, aquela terá preferência de recebimento de seu crédito. Tudo isso conforme o que dispõe o Código Tributário Nacional, em seu art. 187, parágrafo único, repetido pelo art. 29, parágrafo único, da Lei de Execução Fiscal (Lei nº. 6830/80).

² CARRAZZA, Antônio Roque. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 109

³ Sobre a falência conferir: COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. Vol. 3. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 221 e seguintes.

Em síntese, na concorrência de créditos tributários pelas pessoas jurídicas de direito público: 1º) em primeiro lugar pagam-se – créditos da União e INSS conjuntamente e “pro rata”, e depois as demais autarquias federais; 2º) em segundo lugar – créditos dos Estados e DF e suas autarquias conjuntamente e “pro rata”; 3º) em terceiro lugar – os créditos dos municípios e suas autarquias conjuntamente e “pro rata”.

Importa destacar que tal preferência foi considerada compatível com o disposto na Constituição Federal vigente pelo Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido, em oportunidades recentes, a Corte Suprema tem, constantemente, ratificado o teor da súmula 563, sem maiores discussões, não obstante referir-se tal entendimento a situação já ultrapassada, tratando de compatibilidade do dispositivo do CTN em face da Constituição de 1967, que privilegiava a União frente aos Estados federados e Municípios. Vejam a redação da súmula: “Súmula 563 STF: O concurso de preferência a que se refere o parágrafo único, do art 187, do Código Tributário Nacional, é compatível com o disposto no Art. 9º, inciso I, da Constituição Federal.”

Na mesma linha, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça também valida a existência de tal preferência, embora o trabalho tenha evidenciado que em âmbito legal sua regulação é bem amparada, motivo pelo qual esse Tribunal, guardião da Legislação Federal, realmente não encontraria fundamentos jurídicos para afastar a aplicação do instituto.

De outro lado, demonstrou-se que o posicionamento doutrinário é maciçamente contrário a existência de tal direito de preferência, destacando-se os ensinamentos de Sacha Calmon Navarro Coêlho⁴, Leandro Paulsen⁵, Luis Eduardo Schoueri⁶ e Paulo de Barros Carvalho, que mesmo na égide da Constituição anterior já questionava a constitucionalidade dessa ordem de preferência dos créditos públicos, invocando a paridade constitucional dos entes da Federação⁷.

⁴ COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. Curso de Direito Tributário Brasileiro. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

⁵ PAULSEN, Leandro. *Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência*. 13ª ed. Livraria do Advogado, 2011.

⁶ SCHOUERI, Luis Eduardo. *Direito Tributário*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1004.

⁷ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 330-331. Tal crítica é mantida pelas edições recentes da obra. Nesse sentido conferir: *Curso de Direito Tributário*. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

Ao final, tendo em vista que a autonomia financeira é, dentre outras, condição indispensável para a caracterização de um federalismo verdadeiro, conclui-se pela impossibilidade da recepção de tais dispositivos, mesmo frente a passividade da jurisprudência, em especial do Supremo Tribunal Federal, que insiste em reafirmar o conteúdo da Súmula 563 editada na égide da Constituição anterior. Destacou-se que tal tratamento privilegiado, conferido ao ente Central, retira parcela da autonomia financeira dos Estados Membros, que é prevista diretamente na Carta Política, sendo grave tal situação quando se observa que a referida restrição ao pacto federativo é estabelecida por legislação infraconstitucional.

Nesse quadro, de passividade jurisprudencial, talvez fosse caso de se buscar uma mudança legislativa de tais dispositivos, o que, contudo, certamente esbarra na conhecida ineficiência do Poder Legislativo brasileiro, unida ao interesse contrário da União Federal e, portanto, do Poder Executivo Federal.

11.O CARÁTER DEMOCRÁTICO (?) DAS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Luciana Gaspar Melquíades Duarte

Davi de Oliveira Costa

Henrique Detoni Leão

Márcio Antônio Deotti Ibrahim Júnior

Renato Rodrigues César Cabral

Yuran Quintão Castro

Este projeto dedicou-se ao estudo das audiências públicas realizadas no Supremo Tribunal Federal brasileiro com o propósito de averiguar a real efetividade do instituto para a legitimação das decisões judiciais nos processos em que elas realizaram-se.

Não obstante todo o arcabouço jurídico-democrático que reveste o instituto das audiências públicas, elas não estão imunes a críticas. Portanto, é necessário analisar a real eficácia dele e averiguar até que ponto o referido instituto cumpre, de fato, seus objetivos. O estudo das decisões judiciais prolatadas nos processos em que as audiências públicas são convocadas, constituiu um importante fator para isso, pois foi a partir dele que se pôde constatar que, na verdade, ele serviu como um instrumento legitimador das decisões da Suprema Corte por supostamente envolver uma retórica democrática de participação popular.

Com base nisso, assume relevância a análise desenvolvida por Peter Häberle (1997). Segundo o autor, a constituição é a norma basilar da sociedade, possuindo características próprias: (i) fragmentariedade: disciplina diversos aspectos da realidade empírica e jurídica de maneira segmentada; (ii) indeterminação: muitas normas possuem conteúdo aberto; e (iii) carência de interpretação.

Dessa forma, os ensinamentos de Häberle (1997) expressam que o processo de interpretação constitucional não pode pautar-se por “*numerus clausus* de intérpretes da constituição” (HÄBERLE, 1997, p.13), ou seja, os atores que

interpretam a Constituição devem ser plúrimos e essa lista de intérpretes deve ser aberta.

A pesquisa qualitativa realizou-se sob a metodologia dedutiva - desenvolvida na ambiência do estudo do referencial teórico, da revisão literária e da legislação – e foi ladeada pela indução, mediante a análise de quatro audiências públicas: as referentes à proibição da venda de bebidas alcoólicas nas rodovias federais, ao regime prisional, ao financiamento de campanhas eleitorais e às biografias não autorizadas.

Em tais audiências, foram analisados a forma de convocação e divulgação da audiência, os atores sociais convidados e inscritos, a representatividade dos habilitados, a presença dos Ministros na audiência, a organização das manifestações e o seu impacto nos votos e no resultado do processo.

Por fim, formularam-se conclusões sobre a eficiência dos diversos aspectos do instituto e propostas capazes de dirimir os problemas detectados, otimizando a capacidade da audiência pública para o alcance dos fins a que se destina, o que foi oportunizado pela investigação crítico-reflexiva.

Diagnosticou-se que a divulgação das audiências públicas se deu de forma insatisfatória, não atingindo os atores sociais como um todo. Além disso, a habilitação dos interessados ocorreu de maneira unilateral pelo Ministro Relator, revelando-se um meio pouco transparente e sujeito a arbitrariedades. Constatou-se, também, a baixa representatividade de diversos segmentos da sociedade, principalmente daqueles diretamente envolvidos nos temas discutidos, além da baixa presença dos demais Ministros que não o Relator. A forma de disposição dos manifestantes, bem como o modo de realização das próprias audiências, frustrou um efetivo debate entre os partícipes, o que influenciou no baixo impacto que os argumentos suscitados refletiram nos votos, ensejando uma significativa reformulação do instituto.

Com o objetivo de viabilizar uma maior riqueza argumentativa nas decisões, em decorrência da pluralidade das contribuições trazidas pelos partícipes, buscou-se, justamente, corrigir o problema intrínseco ao modelo procedimental específico do instituto, que poderia ser mais eficaz. Entendeu-se que a atual forma de exposição não é a mais eficiente, uma vez que não permite a contra argumentação necessária para a síntese do raciocínio jurídico e a elaboração de melhores

argumentos. Desta forma, recomendou-se um modelo de debate ou mesa redonda, de maneira a permitir a contraposição de projetos e posicionamentos, com a indicação de cinco minutos para a exposição do grupo, sucedido da inscrição para as perguntas; posteriormente deveriam ser concedidos mais três minutos para resposta; e, após, mais três minutos para réplica (prorrogável por mais um minuto). Tal formatação contribuiria para o desenvolvimento dialético do objeto em debate na audiência e para a pluralidade de contribuições.

Ainda, propôs-se, uma postura mais ativa do STF na divulgação/publicidade das audiências públicas a serem realizadas. Além disso, sugeriu-se a criação de grupos representativos dos diversos segmentos sociais envolvidos nas temáticas das discussões, inclusive os minoritários, e o sorteio de três inscritos em cada grupo para participar do debate proposto. O sorteio viabilizaria a transparência na seleção dos manifestantes e o tratamento equitativo de todos os interessados. Outra sugestão formulado consistiu no estabelecimento de um quórum mínimo para os Ministros antes de se iniciar a audiência.

Não obstante, sugeriu-se o necessário enfrentamento, nos votos, dos argumentos apresentados, com a possibilidade da propositura de embargos de declaração diante da omissão de algum Ministro perante este critério.

Referências

BARBOSA, Claudia Maria; PAMPLONA, Danielle Anne. A Judicialização da Política e as Audiências Públicas no Supremo Tribunal Federal. **Revista Paradigma**. nº 18. 2009. Disponível em: <<http://www9.unaerp.br/revistas/index.php/paradigma/article/view/43/50>>. Acesso em 29/jun/2016.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Anuario iberoamericano de justicia constitucional**, n. 13, p. 17-32, 2009.

_____. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo** [2.ed.], Editora Saraiva: São Paulo, 2011.

FREIRE, Alexandre; FREIRE, Alonso; MEDINA, José Miguel Garcia. Audiência Pública Tornou-se Instrumento de Controle de Constitucionalidade. **Revista Consultor Jurídico**. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jul-04/audiencias-publicas-tornaram-stf-instrumento-legitimidade-popular>>. Acesso em 29/jun/2016.

HÄBERLE, Peter. **A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio A. Fabris, 1997.

LASSALLE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?**. Editora Líder, 2002.

MEDEIROS, Fabrício Juliano Mendes. O Supremo Tribunal e a primeira audiência pública de sua história. **Revista Jurídica da Presidência**. nº 84. Vol. 9. 2007. Disponível em: <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/304/297>>. Acesso em 29/jun/2016.

12. CRISE DEMOCRÁTICA E DEMOCRACIA ELETRÔNICA

Luciana Gaspar Melquíades Duarte

Priscilla de Oliveira Calegari

Palavras-chave: Democracia eletrônica. Internet. Direito fundamental.

A democracia é um assunto fulcral para o Brasil, especialmente nos últimos anos, quando diversos protestos encheram as ruas e as universidades do país, clamando por mudanças no ambiente político (BBC BRASIL, 2013 - 2015). Os noticiários apontam diversas denúncias de corrupção e má utilização dos recursos públicos (FOLHA DE SÃO PAULO, 2016), ao mesmo tempo em que a população encontra-se descontente com projetos de leis e emendas constitucionais que podem prejudicar a prestação de serviços públicos apta a atender as necessidades sociais (RBA, 2016). A democracia brasileira, ainda tão jovem, vivencia um abismo entre os interesses dos eleitores e a atuação dos seus representantes. Em verdade, a tradição política do país sempre esteve aliada à ausência de democracia (referência). Para comprovar essa afirmação, basta olhar o passado do Brasil, marcado por períodos ditatoriais, como o Estado Novo de Getúlio Vargas (1937) e o Governo Militar (1964), ambos conhecidos pela ausência de liberdades individuais e censura midiática. Assim, embora a Constituição (BRASIL, 1988) mencione, em seu art. 1º, parágrafo único, que “todo poder emana do povo”, a realidade demonstra uma estrutura política carregada por uma forte herança antidemocrática, na qual o povo não se sente representado pelos líderes escolhidos por meio de eleições periódicas, como indicam as pesquisas do Ibope Inteligência (2016), da CorporaciónLatinobarómetro (CARTA CAPITAL, 2016) e os dados levantados a partir das informações disponíveis em sítios eletrônicos do Tribunal Superior Eleitoral (TSE, 2016), da Câmara dos Deputados (2015) e do Senado Federal (2016). Para muitos autores, a falta de representatividade e o descontentamento com os políticos eleitos estariam plenamente satisfeitos ante a previsão de mecanismos de democracia direta, o que já é previsto no art. 14 pela Constituição (BRASIL, 1988). Contudo, a pesquisa demonstrou que os próprios mecanismos de democracia direta, quando mal-empregados, podem servir para

legitimar interesses particulares (ou de determinados grupos) ao invés de atuarem em prol dos anseios democráticos, como se depreende a partir dos estudos de Grego Santos (2012), Pinheiro (2014) e Duarte (2013). Diante do exposto, a presente pesquisa debruçou-se sobre os mecanismos de democracia no país a fim de responder a seguinte indagação: “o uso da internet pode viabilizar a chamada ‘democracia eletrônica’ e proporcionar uma efetiva participação popular na atuação Estatal?”. Adotando como marco teórico a teoria democrática, a investigação pretendeu compreender qual é o objetivo de um governo democrático e quais os principais problemas enfrentados pelo mesmo. Para alcançar tal finalidade, partiu-se da análise das obras de Aristóteles (2001) Locke (2001), Rousseau (2002), Bobbio (2000) e Schumpeter (1961), Bonavides (2008), Böckenförde (2000), Rodotà (2008) e Müller (2003). Dessa forma, a pesquisa deseja esclarecer, através da ótica da teoria democrática, se a tecnologia eletrônica ou digital pode melhorar os dilemas enfrentados pelos mecanismos de democracia direta e representativa. A investigação possuiu natureza bibliográfica e qualitativa, com emprego preponderante da metodologia dedutiva e de fontes indiretas. Partiu-se da hipótese de que, desde que o acesso à internet seja tratado como direito fundamental e seja igualitariamente promovido pelo Estado, a democracia eletrônica seria realmente capaz de aumentar a participação popular nas decisões, bem como a legitimidade dos mecanismos de democracia direta. Isto está sendo confirmado ao longo da pesquisa, uma vez que a internet é um meio pouco oneroso para viabilizar a participação de todos os indivíduos nas decisões da comunidade. A tecnologia possibilita que jovens, adultos, idosos, doentes e até mesmo presos possam participar das decisões políticas da comunidade, em tempo real, independentemente do local em que se encontrem. Mas para que isso seja possível, primeiro é preciso superar a desigualdade no acesso, que não permite aos hipossuficientes a possibilidade de participação nos meios de comunicação cibernéticos. Os dados do Centro Regional de Estudos para o Desenvolvimento da Sociedade da Informação demonstram que, no Brasil, as tecnologias de informação e comunicação –internet, computadores, *notebooks*, *tablets*– são utilizadas, majoritariamente, pelas classes sociais A e B, nas regiões Sul e Sudeste (CETIC, 2016), tornando nítida a necessidade de ampliar o acesso a todas as classes sociais e regiões do país, a fim de garantir que todos possam participar ativamente dos mecanismos de democracia virtual. Dessa forma, a presente pesquisa encaminha-se para a conclusão de que a democracia eletrônica, enquanto meio para alcançar o

direito à informação e o direito ao acesso, deve ser considerada um direito fundamental, ensejando a adoção de políticas públicas para sua concretização- como a criação de espaços públicos coma disponibilização do serviço de provimento da internet, em comunidades carentes, mediante a caracterização do serviço de internet como serviço público a ser prestado diretamente ou indiretamente através de concessões, criação de políticas de crédito para aquisição de computadores por indivíduos carentes, bem como a incorporação de disciplinas na educação pública de jovens, idosos e indígenas sobre o acesso aos portais eletrônicos que permitem a participação popular. Destaca-se, contudo, que o presente trabalho não se revela capaz de ser a resposta final a todos os dilemas enfrentados no sistema democrático. Considerar a utilização da internet um direito fundamental não é capaz de, por si só, transformar a democracia brasileira. Faz-se necessária uma verdadeira reformulação de diversos outros aspectos da organização sócio-política brasileira, como o modelo de sufrágio e representativo adotado e a estrutura federativa existente, que escapam, porém, ao objeto desta pesquisa.

Referências

ARISTÓTELES. **A Política**. Coleção A Obra Prima de Cada Autor. Editora Martin Claret. 2001. Disponível em:

< <http://lelivros.online/book/baixar-livro-a-politica-aristoteles-em-pdf-epub-e-mobi/>>. Acesso em: 15 de abril de 2016.

BBC BRASIL. **Brasil vive 'sonho de democracia' com protestos, diz 'El País'**. 2013. Disponível em:

<http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2013/06/130618_imprensa_protestos_fl>. Acesso em: 29 de abril de 2016.

_____. **O que muda com os protestos de domingo?** - Cinco análises. 2015. Disponível em:

<http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/03/150315_analise_protesto_domingo_pai>. Acesso em: 29 de abril de 2016.

BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política**. Rio de janeiro: Campus, 2000.

BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. **Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia.** Colección Estructuras y Procesos. Serie Derecho. Editorial Trota, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa.** São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 05 de junho de 2016.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Reforma Política Infraconstitucional.** Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/55a-legislatura/reforma-politica-infraconstitucional>>. Acesso em: 09 de setembro de 2015.

CARTA CAPITAL. **Em um ano, apoio à democracia no Brasil cai de 54% para 32%.** Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/sociedade/em-um-ano-apoio-a-democracia-no-brasil-cai-de-54-para-32>> Acesso em: 06 de setembro de 2016.

CETIC. **TIC Domicílios.** Disponível em: <http://data.cetic.br/cetic/explore?idPesquisa=TIC_DOM>. Acesso em: 08 de novembro de 2016.

DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades; Ecaroline Pessoa de Carvalho. **Análise do impacto das decisões dos Tribunais Superiores nas decisões do STF após a audiência pública da saúde de 2009.** Revista da Faculdade de Direito UFPR, nº 58, Curitiba. 2013. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/34866>>. Acesso em: 10 de outubro de 2016.

GREGO SANTOS, Bruno. **Democracia e sustentabilidade: a participação popular na gestão pública ambiental.** Revista: Temas avançados da Advocacia Pública: Advocacia Pública e Sustentabilidade. Vol. II. Maringá. Unicorpore, 2012.

IBOPE INTELIGÊNCIA. **Índice de Confiança Social 2015.** Disponível em: <http://www.ibopeinteligencia.com/arquivos/antigos/ics_brasil.pdf>. Acesso em: 08 de agosto de 2016.

LOCKE, John. **Segundo Tratado Sobre Governo Civil e outros escritos.** Petrópolis: Vozes, 3ª ed. 2001.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo? A questão fundamental da democracia.** São Paulo: Max Limond. 3ª edição. 2003.

PEREIRA, Lucas Delage. **Os Conselhos Municipais como instrumento de democracia participativa: análise do Conselho Municipal de Educação de Juiz de Fora.** Trabalho de conclusão de curso. Faculdade de Direito. Universidade Federal de Juiz de Fora. Juiz de Fora, 2014.

PINHEIRO, Raíssa. **O orçamento participativo à luz da democracia participativa: análise de algumas experiências de orçamento participativo.** Trabalho de conclusão de curso. Faculdade de Direito. Universidade Federal de Juiz de Fora. Juiz de Fora, 2014.

RBA, Rede Brasil Atual. **Ocupações contra PEC 241 chegam a 1.108 escolas e 82 universidades.** Disponível em: <<http://www.redebrasilatual.com.br/educacao/2016/10/82-universidades-e-mais-de-mil-escolas-estao-ocupadas-contra-a-pec-241-871.html>>. Acesso em: 02 de novembro de 2016.

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade de vigilância – a privacidade hoje.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. **Tecnopolítica: La democrazia e lenuovetecnologie dela comunicazione.** Buenos Aires: Losada. 2000.

ROUSSEAU, Jean-Jaques. **Do contrato social.** RidendoCastigat Mores Ebook. 2002. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/contratosocial.pdf>>. Acesso em: 10 de julho de 2015.

SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, socialismo e democracia.** Rio de Janeiro: Editora Fundo de Cultura, 1961.

TSE, Tribunal Superior Eleitoral. **Plebiscitos e referendos.** Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/eleicoes/plebiscitos-e-referendos/plebiscito-e-referendo>>. Acesso em: 08 de agosto de 2016.

13.O PÓS-POSITIVISMO JURÍDICO E OS IMPACTOS EM INOVAÇÕES NO DIREITO ADMINISTRATIVO

Luciana Gaspar Melquíades Duarte

Gabriel Coutinho Galil

Icaro Cesar Moreira Motta

Palavras-chave: pós-positivismo, regime jurídico publicístico, atividade administrativa, inovação.

A análise do Direito Administrativo por meio da sua *práxis* e também por meio do que se veicula nos manuais mais adotados nessa disciplina¹ evidencia um descompasso entre a doutrina administrativista brasileira e a dogmática constitucional atual. Assim, utilizou-se o marco teórico pós-positivista para evidenciar a necessidade de adequação do Direito Administrativo com os princípios basilares do Estado Democrático de Direito, como a dignidade da pessoa humana, e a consequente centralidade dos direitos fundamentais e a isonomia, e consequentemente a racionalidade e objetividade da atuação estatal.

Primeiramente realizou-se uma releitura histórica, de forma a encontrar a gênese dos postulados desenvolvidos pela doutrina positivista, que fundamentavam a atuação estatal unilateral e possibilitavam o autoritarismo. A partir desse esforço, procurou-se confrontar esses principais postulados com a dogmática dos direitos fundamentais e com os princípios de hermenêutica constitucional.

Em relação ao princípio da legalidade, mostrou-se a necessidade de vincular a atividade administrativa não só à esfera da legalidade, mas ao ordenamento

¹Manuais visitados: CARVALHO FILHO, José Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 21ª Ed. - Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2009; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.; MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 9ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2015; MEIRELLES, Hely Lopes. **Curso de Direito Administrativo Brasileiro**. 23ª edição. São Paulo: Malheiros. 1998. ; MELO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010

jurídico como um todo, possibilitando, inclusive, a atividade estatal fundamentada diretamente em normas constitucionais e, assim, evidenciando a necessidade de adoção da regra da juridicidade.

Em seguida, analisou-se o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado pela sua explanação doutrinária e aplicação jurisprudencial. Evidenciou-se, então, a impossibilidade do seu emprego, enquanto cláusula indeterminada, para a supressão de direitos individuais, que podem ser, também, direitos fundamentais. Destarte, a utilização de tal paradigma exigiria o esforço de encontrar quais os interesses envolvidos em cada caso concreto e se esses encontrariam previsão normativa. Em seguida, dever-se proceder com o juízo de proporcionalidade para aferir qual interesse prevalecerá em cada caso, mitigando a ideia da supremacia abstrata.

De igual maneira, evidenciou-se que o tratamento conferido à disciplina da discricionariedade possibilitava uma atuação pautada no subjetivismo, desconforme com o Estado de Direito. Assim, mostrou-se a necessidade de reduzir o espaço discricionário através do balizamento da atividade administrativa não-vinculada aos princípios constitucionais, que integram o ordenamento jurídico.

Outrossim, abordou-se a necessidade da pulverização da atuação estatal em diversos atos ordenados dentro do processo administrativo, mitigando a ideia da unilateralidade do ato administrativo, através de um procedimento que possibilite a participação democrática e a efetivação do devido processo legal.

A reflexão acerca dos impactos do pós-positivismo jurídico na configuração clássica dos padrões cognitivos específicos do Direito Administrativo voltou as suas atenções, igualmente, para as bases de construção teórico-jurídica dos institutos relacionados às atividades administrativas. Entendidas essas últimas enquanto corolário da função administrativa e devendo, portanto, possuir tessitura teórica igualmente consentânea com as disposições constitucionais, de modo a bem concretizar a razão pela qual se atribuem tais competências estatais, para que se tenha o exercício da função administrativa por meio das atividades administrativas definitivamente enquanto meio de concreção dos direitos fundamentais.

A normatividade plena das disposições constitucionais, mormente das cláusulas centrais instituidoras de direitos fundamentais, acena para um compromisso

da Administração diretamente relacionado a tais normas e para o seu dever de concretização no plano de atuação estatal, sendo uma vertente estatal igualmente relevante para conformar, na maior medida possível, a realidade dos casos concretos ao plano deontológico-constitucional traçado.

Nesse sentido, mereceu consideração o instituto dos Contratos Administrativos. Tradicionalmente marcado por uma construção que o fazia despontar enquanto instrumento derogatório do regime geral de contratação privatística, com o traço peculiar da exorbitância por parte da Administração, consagrada em faculdades específicas de acentuada verticalidade e unilateralidade, mesmo numa relação contratual, o Contrato Administrativo corroborava certa supremacia pré-determinada da parte investida da função administrativa, com fulcro na cláusula vazia do interesse público e na mera previsão normativa das referidas cláusulas exorbitantes. O já mencionado preenchimento do interesse público pelo conteúdo dos direitos fundamentais, somado à necessidade de conformação de todo o ordenamento jurídico com as disposições constitucionais, determinou a revisão desses traços de exorbitância para conformá-los na estrita medida da promoção do direito prevalente no caso concreto, com a ponderação razoável e racional dos valores conflitantes.

O tradicionalmente chamado Poder de Polícia havido pela Administração estruturava-se numa dicção simpática ao entendimento de que se apresentava propriamente como uma prerrogativa conexa à função administrativa, cercada de larga faixa de conformação discricionária. Novamente, o *topói* do interesse público era invocado para autorizar incursões arbitrárias. O dever de racionalidade do discurso jurídico, no entanto, acenou imperiosamente para o levantamento de padrões objetivos claros sob os quais se pudesse dar razoavelmente a atividade de polícia, passando inexoravelmente pela adequação de competências aos limites constitucionais às limitações das posições jurídicas dos administrados, estabelecidos por meio de parâmetros proporcionais, racionais e razoáveis.

O Serviço Público, de seu turno, na encarnação da função prestacional do Estado, relaciona-se à normatividade dos direitos fundamentais muito mais numa perspectiva positiva de concretização, que numa faceta de levantamento de limites e balizas razoáveis para a atuação da Administração. Com uma longa história de celeuma doutrinária para a sua definição, o referido instituto logrou ser delineado pelo núcleo essencial dos direitos fundamentais, a vincular muito decisivamente a atuação

estatal para a concreção dessa realidade normativa, numa dimensão de tudo ou nada, sendo corporificada por meio de regras de agir. De outra sorte, orbitando em torno desse núcleo essencial, encontram âmbitos e níveis de concreção menos peremptórios, que comportariam um juízo de ponderação. A parte substancial desses direitos é subtraída do talante de discricionariedade e do juízo de conveniência política para converter-se num pleno dever juridicamente afeto ao Estado.

A pesquisa realizada em relação às inovações pós-positivistas nos paradigmas do Direito Administrativo Brasileiro resultou em artigos científicos publicados em periódicos, em outros submetidos no aguardo de publicação, bem como em obras de outra natureza a serem, em tempo, legadas à comunidade científica. Igualmente, buscou-se divulgar as reflexões realizadas num sem número de eventos acadêmico-científicos, bem como enriquecer o ensino das cadeiras de Direito Administrativo com as mesmas considerações, num rico processo de retroalimentação entre ensino e pesquisa.

14. ATIVISMO JUDICIAL NA VANGUARDA DO CONSERVADORISMO NO BRASIL

Joana de Souza Machado

Alexandre Aguilár Santos

Anna Flávia Aguilár Santos de Oliveira

Lorena Reis Bastos Dutra

Lucas de Souza Oliveira

Marcos Felipe Lopes de Almeida

Mário José Bani Valente

Rafael Carrano Lelis

Talles Neves Silva Bhering

Palavras-chave: ativismo judicial; política; constitucionalismo popular.

O presente trabalho apresenta resultados parciais, posteriores à primeira edição deste Seminário, da pesquisa sobre ativismo judicial desenvolvida no âmbito do projeto de monitoria da disciplina Poder Judiciário e Política.

Adotando-se o método indutivo de abordagem, a pesquisa analisa recentes decisões do Supremo Tribunal Federal e constrói diagnóstico de tendência de ativismo judicial de viés conservador do Tribunal. Por ativismo conservador entenda-se a, na semântica adotada pela pesquisa, a leitura construtiva da Constituição a qual restringe âmbito de proteção de direitos e garantias fundamentais, comparativamente à conformação presente no próprio texto constitucional e/ou à conformação construída pela própria jurisprudência brasileira.

A partir da crítica de Ingeborg Maus (2010) à atuação do Poder Judiciário como superego da sociedade, utilizada como um dos principais referenciais teóricos na presente fase da pesquisa, investiga-se como a prática dissimulada de ativismo, ora conservador, ora liberal, pode trazer restrições a direitos e garantias fundamentais.

Maus (2010) é fundamental no questionamento da crença da sociedade na instituição Poder Judiciário, problematizando as razões e consequências de se erigir este Poder ao patamar de bastião da moralidade social, fonte para o enquadramento do que deva ser compreendido como moralmente certo ou errado para a sociedade, supostamente órfã de quaisquer outras referências.

Inicialmente, faz-se necessário delimitar em que conceito de ativismo judicial essa pesquisa vai se pautar, já que o termo é utilizado em múltiplos sentidos, entre eles como sinônimo de judicialização da política. Adota-se, no ponto, uma diferenciação entre esses conceitos. A judicialização da política pode ser apontada como uma consequência da adoção de uma constituição substantiva e garantidora de direitos fundamentais, tal como se configura a Constituição cidadã de 1988. Sendo assim, é necessário e natural que ocorra a judicialização da política em muitos casos, especialmente por conta da ampla disponibilização de remédios constitucionais que apontam justamente para a solução de conflitos sociais diversos, incluídos os de natureza mais coletiva e de impacto político, pela via judicial. A judicialização da política, portanto, corresponde à tendência de se direcionar para o campo judicial conjunto de pautas antes solucionadas em outras vias.

O ativismo judicial, por sua vez, corresponde a um comportamento judicial não necessariamente moldado em resposta à tendência de judicialização, uma espécie de distorção da regular atividade jurisdicional, exorbitância, excesso de atuação do Poder Judiciário (MACHADO, 2008). Cuida-se da atuação judicial que busca um exclusivismo moral, o monopólio pelo poder de dizer o Direito em debates substanciais da sociedade.

A pesquisa realiza estudo de casos, entre os quais, o recente julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, sobre o direito de greve, constitucionalmente consagrado (Art. 37, IV). No dia 27 de outubro de 2016, o Plenário do Tribunal concluiu o julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 693456, com reconhecida repercussão geral. Por meio desse recurso discutiu-se a constitucionalidade do desconto de dias sem atividade laboral em razão de greve de servidor público.

O Plenário, por seis votos a quatro, concluiu que a Administração Pública não apenas pode, mas deve proceder ao corte do ponto dos trabalhadores e trabalhadoras grevistas, com a possibilidade de compensação dos dias mediante

acordo. O tribunal transformou o desconto em regra na greve do servidor público e a única exceção se daria na hipótese de greve motivada por conduta ilícita do Poder Público. O voto do Ministro Fux sinaliza motivação conjuntural para essa linha majoritária de decisão da Corte ao fazer referência ao momento de crise pelo qual atravessa o país, no qual se avizinham deflagrações de movimentos grevistas. O Ministro Gilmar Mendes, em seu voto, atacou o exercício do direito de greve nas universidades públicas, pela periodicidade com que seria acionado, reputando-o ilícito.

Apesar da grande convergência entre Ministros e Ministras, a pesquisa ressalta alguns pontos relevantes de divergência. Ministro Fachin ponderou que o direito de greve não pode ser atrelado à renúncia de pagamento justamente porque a greve constitui o principal instrumento de reivindicação por melhores condições de trabalho junto ao Estado. Outros Ministros como Lewandowski e Marco Aurélio problematizaram a imposição judicial de requisitos ao exercício de um direito constitucionalmente previsto e conformado de modo amplo pelo texto constitucional sem sequer a existência de uma lei que lhe restrinja o âmbito de proteção.

A decisão em comento produz verdadeiro esvaziamento do direito de greve no exato momento em que se articulava, junto a ocupações estudantis, uma greve geral nos serviços públicos, em protesto contra pacote de medidas propostas pelo Poder Executivo que afetam serviços essenciais como saúde e educação. Trata-se de mutilar a principal ferramenta histórica de luta e consequente conquista de direitos e garantias. A partir de uma leitura amplamente descolada do texto constitucional, o Tribunal não só restringe um direito fundamental, que é o direito de greve, como, assim procedendo, põe em xeque a possibilidade de defesa e avanço quanto a outros direitos e garantias. Tem-se, assim, ativismo judicial que se coloca na vanguarda do conservadorismo que encontra cada dia mais espaço na cena política do país.

Confiantes na superioridade moral da instituição Poder Judiciário em contraste a outras, permitimos que assumisse o papel de superego da sociedade e avançasse sobre supostos vácuos de poder abertos pelo legislativo e executivo, imiscuindo-se cada vez mais no jogo político. Os resultados obtidos via ativismo judicial progressista (afirmativo de direitos de minorias representativas) foram inadvertidamente celebrados, com total descuido da via perigosa utilizada para atingi-

los. A pesquisa procura demonstrar que o entusiasmo verificado ao longo da fase do ativismo progressista ou liberal da Corte conduziu à naturalização desse comportamento judicial e à passividade diante de um ativismo que agora nos retira direitos.

15. JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E ATIVISMO JUDICIAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Bruno Stigert de Sousa

Eliane Beatriz Cunha Policiano

Palavras-chave: democracia, tripartição de poderes, judicialização; ativismo.

O presente trabalho tem por objetivo analisar a atuação do Supremo Tribunal Federal, sua postura ativista e o fenômeno da judicialização da política. Para tanto, a metodologia utilizada é a análise bibliográfica para aprofundamento teórico no assunto e o estudo de caso que possa esclarecer a realidade da Corte. Para fins de desenvolvimento das ideias pretendidas, o trabalho é dividido em três partes: democracia e tripartição de poderes; a relação entre direito e política; e, por fim, a judicialização da política e o ativismo judicial.

A República Federativa do Brasil é constituída como um Estado Democrático de Direito, em que todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de seus representantes eleitos ou diretamente (art. 1º, parágrafo único, CRFB/1988). Os representantes, por sua vez, são os membros políticos que ocupam os cargos dos poderes executivo, legislativo e judiciário, que são independentes entre si (art. 2º, CRFB/1988). Daí segue-se que a nossa democracia é fundamentada pela teoria da tripartição de poderes, em que a organização descentralizada é, inclusive, protegida por *cláusula pétrea*. Essa ideia de tripartição de poderes é atribuída a Montesquieu, que é responsável por incluir o poder de julgar dentre os poderes fundamentais do Estado. Cada um dos poderes possuem funções típicas e atípicas, de modo que cada um em sua atribuição complementa o outro e submete-se a controles recíprocos a fim de que um não se sobreponha aos demais e esvazie a ideia de contenção pretendida pela tripartição. Há, portanto, no ordenamento brasileiro, a lógica do sistema de freios e contrapesos – *checks and balances*, da doutrina norte-americana – que pretende evitar o abuso de poder.

Como dito, os poderes também possuem funções típicas e atípicas e, embora devam ser exercidas excepcionalmente, às vezes não é o que ocorre. Costuma acontecer de um poder não exercer a sua função típica e o outro atuar atipicamente, colocando em cheque sua legitimidade democrática.

Atualmente vivemos em meio a uma séria crise de representatividade, com escândalos de corrupção e processo de *impeachment*, com o judiciário sendo chamado a intervir em questões políticas. Por essa razão surge o questionamento sobre os limites entre direito e política.

A instabilidade política é um dos fatores que leva à judicialização da política, tornando difícil distinguir o que é matéria política e o que é questão puramente jurídica. Enquanto no direito predomina a lei e os direitos fundamentais, pelo menos em tese; na política prevalece a soberania popular e o princípio majoritário, ao menos em tese. Apesar dessas distinções, não existe dissociação absoluta entre uma coisa e a outra. Tanto é que o Direito (a Constituição) é produto do processo constituinte (legislativo) (BARROSO, 2012, p. 15).

Tem-se que a judicialização da política representa a expansão do poder judiciário, que é trabalhada por Luís Roberto Barroso como um *fato*, uma circunstância do desenho institucional brasileiro (2012, p. 10). As causas para esse fenômeno são diversas, mas no Brasil podem ser apontadas com maiores proporções especificamente pelo modelo de sistema processual constitucional abrangente e analítico que fez com que a Constituição tratasse de inúmeros assuntos e possibilitasse o sistema de controle de constitucionalidade por via de ações diretas.

Rodrigo Brandão (2011, p. 122) apresenta as condições institucionais para a expansão do judiciário, e a conseqüente ocorrência da judicialização: o sistema processual constitucional, que prevê um amplo rol de legitimados para a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) e o *deficit* democrático das instituições representativas brasileiras, com a fragilidade do legislador em específico.

Uma vez que o legislador tem sido omissivo ao não legislar algumas questões ou, embora legisle, não atenda eficazmente os pressupostos constitucionais de assegurar direitos fundamentais, e o sistema processual preveja formas de acionar o Supremo a fim de buscar sanar falhas estruturais legislativas, legitima-se a atuação do judiciário. Um caso em que a atuação do judiciário parece legítima é na ADI nº

4.650 que discutiu a questão do financiamento de campanhas eleitorais. Este caso engloba as questões relacionadas ao *deficit* democrático das instituições representativas, haja vista a profunda insatisfação da sociedade brasileira com o cenário da política e da democracia atuais, vide manifestações populares que tomaram nossas ruas em junho de 2013 com a frase “não me representa”; e à (falta de) legitimidade democrática da supremacia do Judiciário, que tem sido chamado a intervir em assuntos de competência daqueles que (*não*) *nos representam*.

Nesse caso fica mais que evidente a relação entre direito e política, contudo não deixa de ser alvo de críticas de quem alega falta de deferência judicial. Mas aqui, no caso da ADI em comento, a atuação do judiciário parece mais do que necessária, uma vez que a quem cabe o debate acerca das reformas estruturais dentro de um Estado, como é o caso da Reforma Política, não interessa a alteração da legislação, pois a classe política que está no poder foi eleita segundo as regras vigentes (FUX; FRAZÃO, 2015, p.67). Assim, não é conveniente deixar única e exclusivamente nas mãos dos agentes políticos a prerrogativa de reformular as regras relativas ao financiamento de campanhas, uma vez que foi este sistema que os permitiu serem eleitos.

Junto ao fenômeno da judicialização da política, ocorre também o ativismo judicial que, embora enfrente dificuldade de definição conceitual e seja alvo de críticas recebendo uma conotação negativa, tem sido uma prática recorrente no Supremo e é visto como uma *atitude*, ou seja, “a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance” (BARROSO, 2012, p. 10). Apesar das críticas, o ativismo não deve ser tido como necessariamente ilegítimo, de modo que ele pode ser desejável algumas vezes, outras não; somente a avaliação do caso concreto poderá dizer.

O temor é o de que a judicialização e o ativismo coloquem pra escanteio a tripartição de poderes fazendo valer sempre a supremacia do judiciário, mas para isso uma possível solução: a teoria dos diálogos institucionais, de forma a se superar o problema da dificuldade contramajoritária do controle de constitucionalidade através da possibilidade de a decisão constitucional da Corte ser revista pelo legislativo.

Portanto, preocupando-se com os riscos da supremacia judicial (através da ampliação do controle judicial de constitucionalidade dos atos e das omissões

legislativas), além de procurar superar as falhas estruturais, ao buscar assegurar o cumprimento da Constituição e dar efetividade aos direitos fundamentais, tem-se que o diálogo institucional olha para o bom funcionamento do sistema de freios e contrapesos. Desse modo, fomenta-se a atuação conjunta dos três poderes em torno dos propósitos constitucionais. Além disso, essa proposta dialógica significa também a negação de que a interpretação constitucional possa ser encerrada no Judiciário.

Esses são breves apontamentos sobre o assunto, que está sendo mais extensamente abordado no Trabalho de Conclusão de Curso.

Referências:

ALVES, Ricardo Luiz. **Montesquieu e a Teoria da Tripartição dos Poderes**. In: Política Democrática – Revista de Política e Cultura – Brasília/DF: Fundação Astrojildo Pereira, 2010. Nº 28, dezembro/2010. Disponível em:

<<http://www.politicademocratica.com.br/wp-content/uploads/2015/06/PD28.pdf>>.

Acesso em: 28 Out. 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo**. RFD- Revista da Faculdade de Direito da UERJ, v. 2, n. 21, jan./jun. 2012. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1794>>. Acesso em: 02 Nov. 2016.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?** Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2011.

FUX, Luiz; FRAZÃO, Carlos Eduardo. **O Supremo Tribunal Federal na fronteira entre o direito e a política: alguns parâmetros de atuação**. In: SARMENTO, Daniel (Org.). Jurisdição Constitucional e Política. Rio de Janeiro: Forense, 2015. Cap. 2. p. 35-72.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a05v4n2.pdf>>. Acesso em: 14 Nov. 2016.

16. DESAFIOS DE INOVAÇÃO NA METODOLOGIA NO ENSINO JURÍDICO: ANÁLISE DA EXPERIÊNCIA EM “PODER JUDICIÁRIO E POLÍTICA”

Joana de Souza Machado

Anna Flávia Aguilár Santos de Oliveira

Lorena Reis Bastos Dutra

Lucas de Souza Oliveira

Marcos Felipe Lopes de Almeida

Mário José Bani Valente

Rafael Carrano Lelis

Talles Neves Silva Bhering

Palavras-chave: Ensino Jurídico. Inovação Metodológica. Poder Judiciário e Política
Diversidade.

Introdução

Este trabalho apresenta conclusões parciais de pesquisa sobre metodologia de ensino jurídico, desenvolvida informalmente no âmbito do projeto de monitoria em Poder Judiciário e Política, que toma a respectiva disciplina como laboratório para a produção de dados empíricos. Esses dados têm o seu conteúdo analisado a partir de referenciais teóricos adotados, em especial, a contribuição de Bourdieu sobre poder simbólico e os campos da ciência e do Direito.

Pretende-se, com esse resumo, contribuir para o debate sobre inovação metodológica no ensino jurídico, com a análise da experiência da referida disciplina, criada em 2012, pela Professora Joana Machado, no curso de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, ministrada com a colaboração da equipe do projeto de monitoria, coautores e coautoras desse trabalho.

O método educativo e o processo de construção do saber

A partir de referenciais transdisciplinares e de uma perspectiva comparada de sistemas jurisdicionais, a disciplina articula seu conteúdo programático de maneira a contribuir para que os (as) estudantes se engajem em uma reflexão crítica a respeito do sistema de justiça e repensem os limites institucionais da atividade judicial, enquanto novo espaço de representação política e tradicional esfera de efetivação de direitos.

O processo avaliativo e o método educativo da disciplina procuram privilegiar a fala dos (as) estudantes em sala de aula, seja abrindo espaço para que possam apresentar argumentos aplicados a casos concretos, seja incentivando a expressão de forma lúdica e artística. Busca-se valorizar a criticidade e a criatividade, a fim de construir um espaço no qual se incentive uma construção plural do saber, distanciando-se da tradicional tentativa de mera transferência de conteúdo.

Utilizam-se os seguintes instrumentos: painéis de discussão; práticas argumentativas; visita a órgãos estatais e/ou participação em audiências públicas; participação em *role-play* e na sensibilização pela arte; elaboração de um portfólio e de um ensaio crítico.

Nos painéis de discussão, feitos semanalmente, são apresentados os textos que consistem no arcabouço teórico da disciplina. Cada texto fica sob a responsabilidade de um grupo de estudantes, que deverão fomentar o debate junto à turma inteira.

Na aula seguinte ao painel, são feitas as práticas argumentativas, caracterizadas pela reflexão a respeito de um caso concreto, no qual há aplicação de conceitos estudados no painel. A turma é dividida em grupos, sendo atribuída uma linha argumentativa a cada um, as quais serão confrontadas em debate subsequente.

A visita ao órgão estatal, por sua vez, tem o objetivo de aproximar o(a) aluno(a) da atuação de um dos Poderes da República. No respectivo relatório devem ser descritas as informações subjetivas e as sensações relativas ao ambiente físico visitado, bem como as contribuições proporcionadas por esta experiência.

Realizam-se também simulações de julgamento. Por meio da dinâmica de *role play*, a disciplina propicia a experimentação de sensações similares às que

visitam juízes (as) e partes envolvidas em casos difíceis (sobre direitos de minorias representativas), de forma que a análise crítica feita, ao longo da disciplina, em torno da atividade jurisdicional, possa ser também humanizada.

O *role-play* é uma espécie do grande gênero da prática simulada e consiste em um jogo de papéis, com natureza lúdico-pedagógica, por meio da qual pessoas adultas brincam de vivenciar situações que suscitam decisões, posicionamentos, antecipação e avaliação de consequências. A dramatização propicia o envolvimento das e dos participantes em torno de algum conflito em relação ao qual precisam realizar um julgamento moral. O objetivo principal é propiciar ao e à estudante a oportunidade de experimentar sensações similares às que visitam juízas/juízes e partes envolvidas em um caso difícil, de forma que a análise crítica feita, ao longo da disciplina, em torno da atividade jurisdicional, possa ser também humanizada.

O ensaio crítico, incentivo para iniciação à pesquisa científica, objetiva problematizar a natureza e os limites da atividade judicial a partir da análise de um caso já julgado pelo Judiciário brasileiro, em qualquer instância.

Por fim, o portfólio se traduz em uma coletânea de evidências sobre o próprio processo de aprendizagem e habilidades desenvolvidas ao longo do curso. A sua elaboração é livre e pautada na criatividade em demonstrar o impacto gerado pelo curso nas e nos estudantes. Orienta-se que sejam juntados elementos que dialoguem com a disciplina e seu objeto de estudo, como anotações de aula, poesias, imagens, letras de músicas e até mesmo publicações em rede sociais.

Poder Judiciário e Política tenta ainda fomentar a discussão para fora dos muros da universidade, por meio do grupo mantido em rede social. Neste grupo, todos/as os/as participantes podem se manifestar publicando notícias e assuntos relativos aos temas discutidos durante as aulas. O seu objetivo é funcionar como um fórum constante de discussão e atualização, uma vez que o pensamento crítico não deve ficar restrito apenas às salas de aula, devendo perpassar todos os aspectos da vida.

Rodas de Conversa, Arte e a ressignificação do que é juridicamente relevante

Antes da realização de cada *role play*, é organizada uma roda de conversa sobre o tema do julgado. Tal iniciativa busca a conscientização social dos (as) estudantes.

As rodas de conversa procuram proporcionar um espaço de protagonismo aos temas tradicionalmente marginalizados pelo ambiente acadêmico. Em geral, as pautas dos grupos representativamente minoritários são objeto das discussões, como o movimento negro, o LGBTTI e as causas que tangem a desigualdade estrutural de gênero.

É importante destacar que nessas oportunidades as pessoas que têm vivência da questão em debate e/ou se dedicam a estudá-la são convidadas a nortear a dinâmica, na tentativa de garantir que suas pautas não sejam mais uma vez invisibilizadas pelo discurso dominante. Dessa forma, pessoas legitimadas pela vivência que possuem do preconceito em discussão possuem privilégio de fala em meio ao debate horizontal. A disciplina busca, desse modo, ajudar na ampliação de vozes comumente silenciadas em nossa sociedade.

Outro caminho adotado para romper com o ensino jurídico hermético e alienante é a realização da semana de sensibilização pela arte. Experiências sensoriais, viabilizadas pelas artes, são transformadoras em nosso processo de formação de identidade, contribuindo também para o processo pedagógico crítico e reflexivo previsto no plano de curso da disciplina. A arte nos (re) conecta e contribui para melhorar a qualidade de vida no ambiente universitário. Na semana de sensibilização, a sala de aula é afirmada enquanto espaço lúdico e cultural, acomodando a livre manifestação das subjetividades, com intervenções artísticas diversas, como poemas, músicas, teatros, danças, dentre outras modalidades. Assim, as e os estudantes percebem-se como sujeitos do conhecimento, atores responsáveis pela sua própria condução pedagógica – dentro e fora da disciplina.

Conclusão

Ao longo das edições do curso, do teste e amadurecimento da proposta, não foram poucos os desafios e resistências encontrados. Ao trazer para a sala de

aula temas considerados cada vez mais explosivos – como sexualidade, gênero, relações étnico raciais – embora essenciais a uma adequada formação profissional, a disciplina foi espaço para a manifestação de conflitos presentes em nossa sociedade. Esta experiência, como esperado, não foi fácil. Deixou aflorar pré-compreensões muitas vezes amparadas em uma moralidade religiosa intolerante e inconfessa. O conforto da certeza e da verdade, em geral buscados na academia, foi, em muitos momentos, substituído pelo incômodo do desnudamento de contradições e da autodescoberta da reprodução de culturas opressoras, como a do racismo, da misoginia, transfobia, homofobia, etc.

As resistências ajudam a demonstrar o quão é desafiadora a tentativa de construção de um ensino contra hegemônico, pautado na conscientização social. Um ensino realmente inclusivo, sem limites ou lugares determinados para cada indivíduo.

Em contexto de propostas de escola sem partido, de criminalização de docentes e estigmatização de temas como ideológicos, as resistências já encontradas tendem a se intensificar. Avalia-se, porém, que a disciplina tem contribuído para romper com o tradicional ensino jurídico, pois, ao lado das dificuldades, encontra-se um válido e vívido retorno. Por meio dos portfólios, muitos (as) estudantes demonstram desenvolvimento de senso crítico e sua abertura à metodologia adotada, evidenciando que, em alguma medida, a proposta em análise diferencia e pluraliza sua formação.

17. MEMÓRIA E PATRIMÔNIO ARTÍSTICO-CULTURAL DAS COMUNIDADES NEGRAS DA ZONA DA MATA MINEIRA: AÇÕES INTEGRADAS ENTRE COMUNIDADE, PODER PÚBLICO E UNIVERSIDADE, RUMO A UM ENCONTRO DE SABERES¹

Joana de Souza Machado

Carolina dos Santos Bezerra

Leonardo de Oliveira Carneiro

Ana Beatriz Fernandes Lima Silva

Bianca Marlene da Silva

Diego Dhermani Lopes Germano

Iano Almeida Oliveira

Raiça Mara de Camargo Silveira

Rafael Carrano Lelis

Rosana Barreiros da Silva

Vitória Marques Bergo.

Olivier Shamolo Nonga Olela

Caroline Gerheim Nascimento

Palavras-chave: Programa de Extensão. Populações tradicionais. Memória e Patrimônio Artístico. Cultura. Encontro de saberes.

Introdução

O presente resumo tem por objetivo dar visibilidade às ações do Programa de Extensão “Memória e Patrimônio Artístico-Cultural das Comunidades Negras da

¹ O resumo leva o mesmo título do programa de extensão que se apresenta nesse trabalho. Trata-se de amplo programa de extensão, registrado na Pró-Reitoria de Extensão da UFJF, com menção honrosa na Mostra de trabalhos de 2016 realizada pelo mesmo órgão. O programa é coordenado pelos Professores Carolina Bezerra e Leonardo Carneiro e, no que se refere aos desdobramentos jurídicos, recebe a coordenação da Prof. Joana Machado. Toda a equipe do programa, professores/as e estudantes bolsistas e voluntários/as, é coautora desse trabalho.

Zona da Mata Mineira: Ações Integradas entre Comunidade, Poder Público e Universidade, rumo a um Encontro de Saberes”, desenvolvido na Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF), com a colaboração de docentes e estudantes de diversas unidades e institutos.

Inicialmente, cabe ressaltar a abrangência das atividades extensionistas retratadas no trabalho. Trata-se de um **programa** de extensão e não apenas de um projeto. Nos termos do próprio Ministério da Educação, um programa de extensão corresponde a um “conjunto articulado de projetos e outras ações de extensão, de caráter multidisciplinar e integrado a atividades de pesquisa e de ensino. Tem caráter orgânico-institucional, integração no território e/ou grupos populacionais, clareza de diretrizes e orientação para um objetivo comum, sendo executado a médio e longo prazo por alunos orientados por um ou mais professores da instituição”.

Assim, o programa funciona como “guarda-chuva” para diversas frentes extensionistas contínuas (projetos), entre as quais a frente que articula seus desdobramentos jurídicos.

Objetivo do Programa e resultados parciais

O programa em comento tem como objetivo articular os saberes acadêmicos, os saberes tradicionais e os saberes escolares com o intuito de possibilitar um diálogo entre a academia e as comunidades negras, quilombolas, indígenas e camponesas, na valorização e promoção do seu patrimônio material e imaterial.

A experiência de campo buscou construir com a comunidade espaços de reflexão que pudessem estabelecer os elos de ligação com o seu passado, a memória e a ancestralidade, para a compreensão sobre o seu patrimônio material e imaterial do presente.

A primeira visita contou com a participação dos/as bolsistas e professores/as do programa, da comunidade e dos professores/as do curso "Diálogos entre Escola e Saberes Tradicionais: Quilombolas, Indígenas e Camponeses". O curso corresponde a uma parceria entre a Secretaria de Educação de Minas Gerais e a UFJF, por intermédio da Superintendência Regional de Ensino de Juiz de Fora, e objetiva abordar temas sobre os saberes tradicionais dentro do ambiente escolar.

As ações estiveram focadas em atividades que buscassem pensar caminhos de geração de emprego e renda para a comunidade, com o intuito de propiciar estratégias de empoderamento do grupo de mulheres e da associação. Foram oferecidas oficinas de construção de bonecas abayomi, de artesanato e xadrez para as crianças e jovens.

O programa prevê ainda a formação de professores/as locais e o diálogo entre os diferentes grupos e seus diferentes saberes. As ações a serem desenvolvidas englobam ainda a criação de ecomuseu itinerante multiterritorial e multidisciplinar; ações voltadas à regularização fundiária e outras demandas de natureza jurídica; realização de oficinas de salvaguarda do jongo/caxambu e do patrimônio material e imaterial dessas comunidades; elaboração de material didático-pedagógico para distribuição nas escolas da região e para a formação de professores/as, visando a auxiliar na implementação das leis 10.639/03 e 11.645/08 que estabelecem a obrigatoriedade do ensino de História e Cultura Afro-Brasileira, Africana e Indígena em todas as escolas públicas e particulares do país.

A metodologia para promover as articulações, patrimonialização, ações de salvaguarda e empoderamento das comunidades é construída horizontalmente a partir de encontros, formações, oficinas de mobilização e técnicas, intercâmbios e trocas de saberes e da produção de cartilhas, livros, vídeos, documentários, cartografias participativas e calendários agrícolas e educativos.

Busca-se, assim, romper com a lógica tradicional de hierarquia entre saberes científicos e saberes populares. Essa lógica contamina muitas experiências extensionistas e faz com que a ida a campo se mova por razão instrumental de mão única, sob a qual a academia ensina a população atingida, e esta em seu turno retribui-lhe apenas com dados primários, frutos de sua vivência, para investigações, pesquisas e apropriações dos/as acadêmicos/as. Nessa lógica, as metodologias chegam dadas pela equipe extensionista, e não há uma construção horizontal com a população, por não se reconhecer o seu saber como válido, como digno de status científico, por considerá-la, quando muito fonte de saber, mas não como real interlocutora do tema.

O programa em questão, ao contrário, busca justamente estabelecer um encontro de saberes para desse encontro construir sua metodologia e delimitar suas

estratégias de ação. Sob o ponto de vista estrito da extensão, contribui para uma atuação universitária mais atenta às reais demandas das populações envolvidas, e não presumidas pelos agentes extensionistas.

Na interface com a pesquisa, contribui para romper com o caráter elitista que em geral marca a produção do conhecimento, insulada em gabinetes, em escritas metodologicamente engessadas e avessa às práticas de oralidade que acompanham a construção de saber de muitos povos tradicionais.

Na indissociabilidade com o ensino, o programa viabiliza um ensino prático aos e às estudantes envolvidos/as, sem descuidar da necessária articulação com referenciais teóricos que potencializam a transformação da realidade em que atuamos. Diferentemente de práticas que possam ser desenvolvidas por meio de estágios junto a entidades privadas, como, por exemplo, escritórios de advocacias, empresas, etc., a prática pela via da extensão possui necessariamente acesso mais democrático, por meio de chamada pública para processo seletivo. Possibilita o contato dos/as envolvidos/as com perspectivas contra hegemônicas, as quais, sob a lógica de pura alocação em mercado de trabalho, não possuem vez na formação profissional dos/as estudantes. Pavimenta, assim, caminho para uma educação pública efetivamente voltada à formação cidadã, tal como previsto constitucionalmente.

18.A RAPOSA E O LEÃO: AS QUALIDADES DO GOVERNANTE EM MAQUIAVEL

Bruno Amaro Lacerda

Vinícius Antônio Toscano Simões Nabak

O *príncipe*, de Nicolau Maquiavel (1469-1527), é uma das obras mais controversas da literatura ocidental. Pode-se, porém, afirmar com segurança que esse breve livro, dedicado pelo florentino ao “Magnífico Lourenço de Médici”, rompeu com o pensamento político tradicional e trouxe novas orientações para a ação política dos principados do seu tempo.

São conhecidas as características da proposta maquiavelina: primeiro, os apontamentos feitos dedicam-se ao governo de monarcas, existindo particularidades sobre as repúblicas que ali não são abordadas; segundo, não se trata propriamente de uma apologia das ações descritas, mas simplesmente de mostrar como as glórias e os fracassos de governantes de tempos remotos e outros não tão distantes podem ser úteis para o sucesso dos novos príncipes.

Maquiavel emprega dois conceitos para orientar a ação dos governantes. A *virtù* perde o sentido de *excelência moral* ou valor espiritual para expressar uma “flexibilidade moral” ou “disposição de fazer tudo aquilo que se requer de um príncipe” (SKINNER, 1988, p. 65), ao passo que a *fortuna* designa uma sorte temporal, uma oportunidade que se apresenta e testa o homem de *virtù*.

Assim, o fato de um príncipe possuir *virtù* não o protege de uma derrota ou garante por si só um bom governo, pois ele tem de dobrar a *fortuna* fazendo tudo o que é preciso para a manutenção da ordem estabelecida, sem se prender a parâmetros religiosos ou à ética tradicional. Não por coincidência, Maquiavel põe como exemplo de governante *virtuoso* o duque César Bórgia, político que soube em muitos momentos se aproveitar da fortuna:

(...) César Bórgia, mais conhecido como duque Valentino, conquistou o poder graças à fortuna do pai e com ela mesma o perdeu, conquanto tenha agido e

feito tudo aquilo que um homem prudente e virtuoso deveria ter empreendido a fim de lançar raízes nos territórios que as armas e a fortuna alheias lhe haviam concedido (MAQUIAVEL, VII).

A figura de Bórgia como político dotado de *virtù* pode ser vista em um dos episódios da conquista da Romanha aprovados por Maquiavel:

Assim, após conquistar a Romanha, antes comandada por senhores fracos, os quais preferiam espoliar seus súditos a corrigi-los (...), o duque achou por bem submetê-la a um governo firme, a fim de pacificá-la (...); para tanto ele nomeou Ramiro de Lorqua, homem cruel e expedito, a quem conferiu plenos poderes. Em pouco tempo, seu preposto pacificou e uniu a província, conquistando enorme reputação. Então o duque julgou inconveniente tão grande autoridade e, temendo que ela se tornasse odiosa, instituiu um tribunal civil (...). E, sabendo que alguns excessos do passado haviam gerado certo ódio contra ele, a fim de purgar o ânimo daqueles povos e reconquistá-los inteiramente, o duque quis mostrar que, se tinha havido alguma crueldade, ela não partira de si, mas da natureza acerba de seu ministro (MAQUIAVEL, VII).

Esse episódio retrata três aspectos essenciais da ação virtuosa do príncipe: a finalidade, os meios e a imagem. Para Maquiavel, o fim de qualquer ação de governo é a estabilidade, pois somente em situações de segurança o governante desfrutará de sua posição e conseguirá realizar ações benéficas ao povo, deixando sua marca na história. Para tanto, ele deve considerar viável qualquer meio de atingir esse fim: “não se afastar do bem, se possível, mas saber entrar no mal, se necessário” (MAQUIAVEL, XVIII). Por fim, a imagem do príncipe é fundamental para sua permanência no poder, razão pela qual Maquiavel dedica o capítulo XVII, “Da crueldade e da piedade, e se é melhor ser amado que temido” a esse tema, concluindo pela prevalência do temor em face do amor e afirmando que as penas cruéis não devem atingir a propriedade, “pois os homens se esquecem com maior rapidez da morte de um pai que da perda do patrimônio” (MAQUIAVEL, XVII).

No capítulo seguinte, ele afirma que “é necessário que ele (o príncipe) tenha um espírito disposto a voltar-se para onde os ventos da fortuna e a variação das coisas lhe ordenarem” (MAQUIAVEL, XVIII). Foi pensando nisso, pensa o florentino,

que Bórgia ordenou o assassinato de Ramiro de Lorqua e a posterior exposição pública do seu corpo. Com essa ação (aprovada por Maquiavel como exemplo de *virtù*), ele buscava agradar ao povo que havia padecido nas mãos do seu preposto e, assim, estabilizar seu próprio governo.

Nesse mesmo capítulo, Maquiavel apresenta a metáfora que melhor simboliza o príncipe. Por meio de duas alegorias clássicas da Antiguidade, a raposa e o leão, o florentino responde como o governante deve atuar politicamente:

(...) deve ser do conhecimento geral que existem duas matrizes de combate: uma, por meio das leis; outra, pelo uso da força. A primeira é própria dos homens, a segunda, dos animais. Contudo, como frequentemente a primeira não basta, convém recorrer à segunda: por isso um príncipe precisa saber valer-se do animal e do homem. (...) E, posto que é necessário que um príncipe precisa saber usar do animal com destreza, dentre todos ele deve escolher a raposa e o leão, pois o leão não pode defender-se de armadilhas, e a raposa é indefesa diante dos lobos; é preciso, pois, ser raposa para conhecer as armadilhas e leão para afugentar os lobos – aqueles que simplesmente adotam o leão não entendem do assunto (MAQUIAVEL, XVIII).

Assim, é na astúcia da raposa e na força do leão que Maquiavel enxerga as melhores qualidades do príncipe: este deve ser ardiloso para conhecer a situação de perigo e vigoroso para enfrentá-la, impondo-se pelas leis e pela guerra. Na obra de Cícero, no entanto, um dos muitos escritores antigos com os quais Maquiavel dialoga, essas mesmas figuras eram empregadas para descrever o governante vicioso, distante do bem e da utilidade comum. Comentando sobre Aníbal e a Segunda Guerra Púnica, ele diz em *De officiis*:

O erro pode ser cometido de duas maneiras: pela força ou pela fraude, ambas bestiais, pois a fraude é típica da raposa e a força do leão; ambos totalmente indignos, mas a fraude é mais desprezível. Mas de todas as formas de injustiça, nenhuma é mais injusta do que aquele hipócrita que, no momento de maior falsidade, faz disso uma oportunidade de parecer virtuoso (CÍCERO, I, xiii-xvi, 41).

Percebe-se um nítido afastamento de Maquiavel das lições dos clássicos que ele conhecia tão bem: a virtude (*virtù*) é a conjugação da astúcia com a força e não mais a prática do bem, da justiça e das outras virtudes morais. Se para os antigos o abandono da moralidade importava em desprezo pela condição humana e em exaltação da vida animalésca, para o florentino a humanidade como valor moral não basta ao príncipe: é preciso também certa dose de bestialidade para todo governante que pretenda manter seu poder neste mundo.

Referências

CÍCERO, Marco Tulio. **De officiis**. New York: The Macmillan co., 1913 (The Loeb Classical Library).

MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe**. São Paulo: Penguin; Companhia das Letras, 2010.

SKINNER, Quentin. **Maquiavel**. São Paulo: Brasiliense, 1988.

19.O COSTUME EM MONTAIGNE E LA BOÉTIE

Bruno Amaro Lacerda

André Bomfim Mynssen Coelho

Nesta comunicação, pretendemos comparar as concepções de costume de Michel de Montaigne e Étienne de La Boétie. Inicialmente, é necessário destacar que as ideias de Montaigne foram extraídas dos ensaios *Dos costumes e da inconveniência de mudar sem maiores cuidados as leis em vigor* e *Da experiência*, ao passo que as reflexões de La Boétie sobre o mesmo tema foram retiradas do seu célebre *Discurso sobre a servidão voluntária*. Enquanto o primeiro filósofo dissecou o poder dos hábitos a partir de experiências pessoais e jurídico-sociais, o segundo concentra-se na política e na conformidade do povo à servidão. É interessante recordar que ambos cultivaram uma amizade e que a morte precoce de La Boétie de certo modo impulsionou Montaigne a dedicar seus anos de maturidade aos escritos filosóficos, nos quais se percebe a influência do amigo.

No *Discurso sobre a servidão voluntária*, La Boétie expõe os piores males das monarquias de sua época e das eras anteriores. Frustrá-lo perceber que numerosas populações são capazes de se submeter a governantes que não possuem virtudes nem sabem liderar. Questionando a fonte da conformidade do povo em face de governos tirânicos, La Boétie encontra uma resposta na força dos hábitos e dos costumes:

Mas o costume, que sobre nós exerce um poder considerável, tem uma grande força de nos ensinar a servir e (tal como de Mitridates se diz que aos poucos foi se habituando a beber veneno) a engolir tudo até que deixamos de sentir o amargor do veneno da servidão.

Não pode negar-se que a natureza tem força para nos levar aonde ela queira e fazer a nós livres ou escravos; mas importa confessar que ela tem sobre nós menos poder do que o costume e que a natureza, por muito boa que seja, acaba por se perder se não for tratada com os cuidados necessários; e o alimento que comemos transmite-nos muito de seu, faça a natureza o que fizer (LA BOÉTIE, 1986, p. 37-38).

Ele explica, por meio de exemplos históricos, como o homem, que é essencialmente livre, pode permitir o cerceamento de sua liberdade em prol de um indivíduo que não nada possui de especial. Imputa, portanto, aos hábitos e costumes o poder de levar à ignorância de algo essencial (a liberdade) em favor de um comodismo que poderia ser facilmente superado por um ato de vontade coletivo:

É natural no homem o ser livre e o querer sê-lo; mas está igualmente na sua natureza ficar com certos hábitos que a educação lhe dá.

Diga-se, pois, que acaba por ser natural tudo o que o homem obtém pela educação e pelo costume; mas da essência da sua natureza é o que lhe vem da mesma natureza pura e não alterada; assim, a primeira razão da servidão voluntária é o hábito: provam-no os cavalos sem rabo que no princípio mordem o freio e acabam depois por brincar com ele; e os mesmos que se rebelavam contra a sela acabam por aceitar a albarda e usam muito ufanos e vaidosos os arreios que os apertam.

Afirmam que sempre viveram na sujeição, que já os pais assim tinham vivido. Pensam que são obrigados a usar freio, provam-no com exemplos e com o fato de há muito serem propriedade daqueles que os tiranizam.

Mas a verdade é que os anos não dão o direito de se praticar o mal, antes agravam a injúria (LA BOÉTIE, 1986, p. 43).

Montaigne, por sua vez, analisa os costumes por outras lentes. Aborda o tema apropriando-se de exemplos antropológicos de sua época, de críticas às leis de seu país e de experiências pessoais que o permitiram observar de perto o poder dos hábitos.

No ensaio *Dos costumes e da inconveniência de mudar sem maiores cuidados as leis em vigor*, Montaigne ressalta o poder que os costumes têm na existência dos indivíduos:

Porque o costume é efetivamente um pérfido e tirânico professor. Pouco a pouco, às escondidas, ganha autoridade sobre nós; a princípio terno e

humilde, implanta-se com o decorrer do tempo, e se afirma, mostrando-nos de repente uma expressão imperativa para a qual não ousamos sequer erguer os olhos. Vemo-lo violentar a natureza, em seus acidentes como em suas leis (MONTAIGNE, 1987, v. 1, p. 178-179).

[...]

O principal efeito da força do hábito reside em que se apodera de nós a tal ponto que já quase não está em nós recuperarmo-nos e refletirmos sobre os atos a que nos impele. Em verdade, como ingerimos com o primeiro leite hábitos e costumes, e o mundo nos aparece sob certo aspecto quando o percebemos pela primeira vez, parece-nos não termos nascido senão com a condição de nos submetermos também aos costumes; e imaginamos que as idéias aceitas em torno de nós, e infundidas em nós por nossos pais são absolutas e ditadas pela natureza. Daí pensarmos que o que está fora dos costumes está igualmente fora da razão, e Deus sabe como o mais das vezes erramos (MONTAIGNE, 1987, v. 1, p. 185).

Montaigne traz ainda uma reflexão em concordância com La Boétie, expressando a influência dos hábitos nos súditos das monarquias e sua contribuição para a consolidação dessa forma de governo:

Os povos, afeitos à liberdade e a se governarem por si mesmos, encaram qualquer outra forma de governo como monstruosa e contrária à natureza. Os que estão acostumados à monarquia o mesmo pensam de seu sistema. Estes últimos, quaisquer que sejam as oportunidades que se lhes oferecem de mudar, e ainda que tenham tido grandes dificuldades de se desembaraçarem de um chefe indesejável, apressam-se em buscar outro, com o qual terão dificuldades idênticas, porque são incapazes de odiar a dominação de um senhor. É em consequência do hábito que nos mostramos satisfeitos com o país onde nascemos, e os selvagens da Escócia desprezam a Touraine como os citas a Tessália (MONTAIGNE, 1987, v. 1, p. 185).

Além disso, ele apresenta outras ideias importantes para os juristas, como o impacto que as mudanças das leis têm na sociedade. Mostra preocupação com a alteração inadequada das normas e explica o problema fazendo uma análise sobre a

fonte de sua força. Conclui que o que as faz efetivas não é uma suposta qualidade intrínseca ou adequação à justiça, mas sua ligação com os costumes de toda a população. Montaigne chega a dizer que é melhor deixar as leis fixadas e consolidadas pela tradição do que alterá-las para resolver novas questões seguindo as opiniões variáveis que os homens têm.

No ensaio *Da experiência*, ele critica a constante tentativa da sociedade de diminuir a discricionariedade dos juízes através de novas leis, sustentando que seu elevado número no Estado francês não reduz em nada as múltiplas interpretações. As leis devem ser simples e gerais, pois nada é essencialmente justo, mas apenas tornado justo pela autoridade dos costumes. Sua reflexão crítica mais relevante versa exatamente sobre isso:

A autoridade das leis não está no fato de serem justas e sim no de serem leis. Nisso reside o mistério de seu poder; não tem outra base, e essa lhes basta. Foram, não raro, feitas por tolos; mais vezes ainda por indivíduos que, no seu ódio à igualdade, incorriam em falta de equidade; mas sempre por homens e portanto por autores irresolutos e frívolos. Nada há de tão grave, ampla e comumente defeituoso quanto as leis; quem as obedece, porque são justas, labora em erro, pois é a única coisa que em verdade não são (MONTAIGNE, 1987, v. 3, p. 354-355).

Ao longo desse ensaio, depois de evidenciar a função das leis como ferramentas imperfeitas e mundanas de controle social, Montaigne reforça seu pensamento sobre a capacidade dos costumes como meios efetivos dessa regulação. Expondo, um tanto despidoradamente, exemplos de sua vida pessoal, tenta retratar sua convicção sobre o real poder dos hábitos na vida de cada indivíduo e da população em geral.

Tanto Montaigne quanto La Boétie, portanto, atribuem aos costumes uma grande importância em suas análises sobre a realidade social. Convergem na percepção de sua influência nos governos e na vida das populações e divergem na prioridade de seus estudos, tendo La Boétie refletido sobre os hábitos em sua relação com a liberdade dos indivíduos e povos e Montaigne se preocupado mais com as leis, as construções sociais e suas experiências pessoais.

Referências

LA BOÉTIE, Étienne de. **Discurso sobre a servidão voluntária**. Lisboa: Edições Antígona, 1986.

MONTAIGNE, Michel de. **Ensaaios**. 03 v. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1987.

20. BIODIVERSIDADE, DIREITO DE PATENTE E CONHECIMENTO TRADICIONAL ASSOCIADO: OBSERVAÇÕES E CONTRADIÇÕES ENTRE OS TERMOS

Marcos Vinício Chein Feres

Felipe César de Andrade

Lorrayne Machado Viana Assis

João Vítor de Freitas Moreira

Palavras-chave: Biodiversidade amazônica. Direito de Patente. Conhecimento tradicional. Pesquisa empírica.

A extensão e o aprofundamento da pesquisa empírica em direito no projeto sobre patentes, biodiversidade amazônica e conhecimento tradicional gerou a oportunidade de questionar inúmeros dados coletados ao longo de seus quatro anos. Foram estudados seis casos referentes a espécies de plantas e animais associadas ao conhecimento tradicional, nomeadamente: Kampô (dois casos), Breu Branco, Pata-de-vaca, Curare e Poaia. Com exceção do Breu Branco, todos os trabalhos envolvem coleta de registros de patentes. Nos trabalhos levou-se em conta a regulamentação do instituto de patente e os requisitos de patenteabilidade pelos marcos normativos internacionais TRIPS (Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio) de 1994 e a CDB (Convenção sobre Diversidade Biológica) de 1992. Por fim, considerando a adoção do mesmo procedimento teórico-metodológico para os cinco casos restantes, a ser explicitado posteriormente, delimitou-se como objeto de pesquisa a totalidade dos registros de patentes recolhidos no banco de dados da Organização Internacional de Propriedade Intelectual (WIPO).

Feita a delimitação estrutural acima, o impulso para o prosseguimento da pesquisa deu-se por meio da pergunta de pesquisa sobre a efetividade do sistema de patentes como uma esfera de reconhecimento para os povos tradicionais. A partir daí, construiu-se a hipótese de que o discurso da inovação a qualquer custo não reconhece qualquer elemento protetivo ao tradicional, reproduzindo uma lógica

neocolonial. Para verificá-la, parte-se de um olhar metodologicamente estruturado pelas regras de inferência de Epstein e King (2013), acrescido de uma lente interpretativa dos dados da realidade, o marco-teórico. Esse está embasado na relação entre Direito e Amor e a complexidade do real de Zenon Bankowski (2008) e na ontologia moral da luta pelo reconhecimento de Axel Honneth (2009; 2014) .

Sobre o processo metodológico, podem ser feitas inferências descritivas, que auxiliam na resposta às perguntas de pesquisa e são fruto de um conhecimento generalizável a partir de uma coleta de dados específica. Neste trabalho traçam-se essas inferências no âmbito da relação entre o conhecimento tradicional associado às espécies pesquisadas e o conhecimento ocidental representado pelo sistema normativo de patentes. Pode-se, também, realizar inferências causais, em que se busca conhecer mais sobre o próprio objeto pesquisado, estabelecendo nexos causais entre uma variável principal e a ocorrência de uma variável dependente. Apesar de sua maior complexidade e dificuldade de verificação no contexto em que os dados se originam, foram feitas inferências causais em alguns dos casos pontualmente trabalhados durante o projeto. Porém, dada a ausência de um tempo histórico suficiente e a não conclusão do projeto de pesquisa, acreditou-se que a realização de uma inferência causal de grande envergadura está impossibilitada neste resumo.

Neste ponto, tendo em vista a confiabilidade, a replicabilidade e a validade da pesquisa empírica, é necessário esclarecer o procedimento de coleta dos registros de patentes e o recorte do objeto. Ao longo dos seis casos tratados, foram utilizadas as bases de dados da *United States Patent and Trademark Office* (USPTO) e da *World Intellectual Property Organization* (WIPO). Pelo fato de a base de dados da WIPO possuir caráter transnacional, agrupando registros feitos tanto em escritórios locais quanto pelo *Patent Cooperation Treatment* (PCT) de 1970, entendeu-se sua maior pertinência para o caso. Assim sendo, tal fato permite construir melhores inferências sobre a relação entre o conhecimento tradicional e a bioprospecção de escopo internacional. Isso posto, foram analisados um total de duzentos e quarenta e oito registros de patentes. Destas, cinquenta e seis foram selecionadas como viáveis para a pesquisa pretendida, dentro das quais apenas duas encontravam-se exclusivamente na plataforma da USPTO. Chegou-se, então ao número de 54 registros de patentes, advindas de um mesmo procedimento de coleta, que se descreve a seguir.

O banco de dados da Organização Mundial de Propriedade Intelectual <<http://www.wipo.int/portal/en/>> se encontra disponível no “menu” da página inicial da WIPO, denominado “reference”. Essa janela dá acesso ao IP database, encontrando-se, neste sítio, a opção “Patentscope”. Ao clicar nessa opção a página direciona para uma explicação sobre o banco de dados (“Patentscope”). Nessa página, escolhe-se a única opção disponível, “Access the Patentscopedatabase”, chegando-se, assim, ao devido espaço de pesquisa. Nele, assinala-se a opção ‘anyfield’ e digita-se na barra de pesquisa a chave de pesquisa desejada, a qual foi, nos casos já analisados, o nome científico da espécie trabalhada. Especificamente no complexo do curare, adicionou-se um segundo filtro com o nome do principal composto ativo da planta. Com as patentes selecionadas, procede-se uma análise dos resumos das patentes, observando se o termo escolhido encontrava-se escrito literalmente neles. Depois disso, averigua-se no “background description” do registro, que mostra a descrição completa da invenção, se a espécie analisada era um componente essencial e não substituível para o passo inventivo proposto. Atingiu-se ao final, em conjunto, o número de 54 patentes, conforme já apresentado.

Desses dados, pode-se explicitar a implicação observável de que o conhecimento tradicional encontra-se difundido e é utilizado pela ciência ocidental, cuja difusão é abalizada pelos direitos de propriedade advindos do direito de patente. Por estar-se no âmbito do direito de patente, aplicam-se dispositivos reguladores do TRIPS (1994), mas o conteúdo do registro, por ser afeto à biodiversidade, também atrai as pretensões normativas da CDB (1992). A Convenção sobre Diversidade Biológica coloca a propriedade intelectual como um instrumento para consecução de seus objetivos, nomeadamente a conservação da diversidade biológica, a exploração de forma sustentável e a repartição justa e equitativa de benefícios. A concepção estritamente individualista do direito de propriedade intelectual (STRATHERN, 2014) poderia encontrar dificuldades em lidar com a legião de formas de saberes tradicionais (CUNHA, 2009), e de efetivamente protegê-las. Num horizonte de ressignificação normativa, a imposição do mercado como ambiente propício ao reconhecimento dos povos tradicionais, quando ele mesmo carece de uma normatividade compatível com a solidariedade (HONNETH, 2014), traz mais dificuldades de compatibilidade entre TRIPS e CDB, sistemas jurídicos com objetivos e valores distintos.

Os dados permitem ainda construir uma inferência quanto à origem das patentes. Vinte e seis das cinquenta e quatro patentes são de origem americana. Há apenas dois registros de origem brasileira. Isso é um contrassenso diante do dado de que todas as espécies analisadas são de ocorrência brasileira, e que o conhecimento tradicional é um indicativo da taxa de sucesso que uma espécie pode ter em uma pesquisa científica (SANTOS, 2000). A promessa desenvolvimentista dos marcos normativos supracitados não é efetivamente cumprida, e o Brasil continua na periferia do desenvolvimento tecnológico. Pode-se construir a inferência de que é interesse precípua dos países desenvolvidos a ordem normativa atualmente estabelecida, e não dos países da comunidade internacional de forma geral.

Por fim, a continuidade do projeto científico pode apontar para um aprofundamento da inferência acima feita, estipulando que o instituto das patentes perpetua estruturas coloniais de apropriação do conhecimento tradicional, não tanto pelo seu modo, mas pela sua indiferença às demandas de reconhecimento das populações tradicionais.

Referências bibliográficas

BANKOWSKI, Zenon. *Vivendo plenamente a Lei*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. 328p.

CUNHA, Manuela Carneiro da. *Cultura com asas: e outros ensaios*. São Paulo: Cosac Naify, 2009.

EPSTEIN, Lee; KING, Gary. *As regras da inferência*. São Paulo: Direito GV, 2013.

HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: A gramática moral dos conflitos sociais*. São Paulo: Ed. 34, 2003. 296p.

_____. *Freedom's Right: The social foundations of democratic life*. New York: Columbia University Press, 2014.

OGUAMANAM, Chidi. *The Convention on Biodiversity and Intellectual Property Rights: The challenge of Indigenous Knowledge*. Southern Cross University – Law review volume 7, 2003.

SANTOS, F. S. D. dos. *Tradições populares de uso de plantas medicinais na Amazônia*. História, Ciências, Saúde – Manguinhos vol. VI (suplemento), 919-939, setembro 2000.

21. SOFTWARES LIVRES E O “NÓS” DO AGIR EM ECONOMIA DE MERCADO: COMO OS DIREITOS AUTORAIS RESTRINGEM A LIBERDADE SOCIAL

Marcos Vinício Chein Feres

Jordan Vinícius de Oliveira

Illanah Vieira Falconiere

Palavras-chave: código fonte, softwares livres, liberdade social.

O presente resumo visa investigar diante das interações contemporâneas entre o Direito e a Tecnologia, se a restrição do código-fonte do software, através do Copyright, é um elemento imprescindível no estabelecimento da proteção autoral.

Adota-se como referencial teórico a concepção do “nós” do agir em economia de mercado trabalhada por Axel Honneth (2014), em sua obra “O direito da liberdade”. Segundo Honneth, nas últimas décadas a economia capitalista assumiu uma forma social oposta à institucionalização da liberdade social. Tal assertiva se deve ao fato de que nesse novo sistema de ação os indivíduos não possuem uma relação prévia de reconhecimento recíproco, o que deturpa um dos pré-requisitos fundamentais para o funcionamento do livre mercado: a liberdade.

Ao constatar que só existe liberdade com a anuência do outro como indivíduo de direito, contrapõem-se disposições individuais e irrestritas de liberdade - liberdade negativa, à necessidade de uma liberdade que complemente, mas não restrinja o interesse de cooperação com os demais indivíduos, a liberdade social (HONNETH, 2014).

Quanto à metodologia, realiza-se uma análise empírico-qualitativa de conteúdo. Estabelecem-se hipóteses iniciais decorrentes do amplo estudo do material aferido sobre o tema, contrapõem-se este material à realidade fática, para redimensionar o objeto estudado por meio de indagações frente ao ideal normativo (BABBIE, 2007).

Entende-se como hipótese que a proteção jurídica e o devido crédito ao autor ou detentor do software pode ser assegurada sem prejuízo da disseminação do saber empregado na criação do programa de computador.

Para analisar esta assertiva é necessário o prévio estabelecimento do conceito de software. O conceito que será utilizado é o de Pressman (2010), que reconhece o software como um sistema composto não por elementos físicos, mas lógicos, dotado de características peculiares. Assim, o software se difere de um componente físico (*hardware*), na medida em que é fruto de um característico processo de desenvolvimento, não se desgasta e é feito sob medida.

Os softwares possuem uma especificidade em relação às propriedades artísticas e literárias, também protegidas pelo direito autoral: o chamado código-fonte. Este pode ser aberto ou fechado, conforme opção do programador/empresa, sendo que o fechado restringe o acesso ao código, disponibilizando-o apenas para os detentores de seu direito, enquanto o aberto, decorre da opção dos proprietários de tornar livre o acesso ao código para quaisquer interessados (MARENGO; VEZZOSO, 2006).

Para tanto, é preciso entender o marco jurídico brasileiro no qual se estrutura a complexa dinâmica dos softwares para verificar sua adequabilidade. A Lei 9.609/98, que rege a propriedade intelectual de programas de computador nacionalmente, dispõe no seu artigo 6º sobre a proteção jurídica ao autor do software e sua exclusividade, enumerando-se nos incisos as hipóteses que não violam o controle sobre o software, como a reprodução de um único exemplar.

Propõe-se aqui uma interpretação legislativa que aborde o dispositivo não de maneira tecnicista, mas por via de um enfoque crítico, diante do arcabouço teórico adotado. A partir da ideia da liberdade social, infere-se que a legislação, como produto de um mecanismo institucional, deveria tutelar os processos de regulação de interesses e de consolidação jurídica da igualdade de oportunidades (HONNETH, 2015). Contudo, verifica-se que o artigo 6º reforça a proteção de uma liberdade negativa do proprietário, como assegurada nos seus incisos.

Desta maneira, o monopólio legal sobre o software apresenta-se juridicamente insatisfatório, sendo que restringe, também no cenário econômico e tecnológico, o conhecimento. No artigo 2º da referida lei se estabelece que o regime

de proteção aos direitos do autor e registros é o mesmo que o aplicado para a legislação de direitos autorais. Isso significa que o legislador brasileiro expressamente concede a proteção destinada às obras literárias, o regime de direito autoral, aos softwares.

Tal peculiaridade é abordada por Marengo e Vezzoso (2006), pela ótica da engenharia reversa, que consiste no processo de obtenção do know-how, quer dizer, como um bem é desenvolvido, quais problemas técnicos enfrenta e quais são suas funcionalidades. Quando aplicada a engenharia reversa em obras literárias é possível compreender como elas foram criadas. Ao ler um livro, por exemplo, a estrutura e os recursos utilizados são cognoscíveis, do material das páginas até as técnicas de narrativa e estrutura textual. Esse processo foi estudado e reutilizado em novas obras, gerando aprendizado e evolução. Assim, a contribuição do conhecimento e de cultura perpassa a engenharia reversa, com a colaboração de outras mentes (MARENGO;VEZZOSO, 2006).

O objetivo da engenharia reversa em um software não é o da produção de mera cópia, mas o do aprendizado das técnicas de programação, soluções específicas a problemas técnicos, funcionamento e modificação de serviços, entre outros aspectos.

Todavia, a logística dos direitos autorais transportada aos softwares protege o código-fonte, restringindo a compreensão do *know-how* numa versão que é fechada, o que é paradoxal pois o copyright restringe estruturas cujos processos por ele protegidos sempre foram transparentes. Ao excetuar esta regra ao software, tal proteção demonstra-se contraditória, visto a diferença na codificação entre obras literárias e softwares.

Considerando a lógica da liberdade social, infere-se que a proteção autoral de softwares fechados impossibilita a engenharia reversa, de modo que, apenas os detentores do direito de propriedade autoral podem reter o conhecimento ali empregado, privando-o da comunidade. Logo, a condução da integração do mercado, fundamentada pela compreensão de uma liberdade comunicativa, não atinge seu ápice, já que não propicia o enriquecimento da própria comunidade (HONNETH,2015).

Após o estudo de questões levantadas parte-se à análise jurídica das licenças aplicáveis aos softwares livres. Existem várias licenças de Software livre, entre elas estão a General PublicLicense (GPL) e a Lesser General PublicLicense (LGPL). A diferença principal entre essas é que a GPL, difundida pelo programa GNU/Linux, por exemplo, não permite que o software livre seja incorporado por programas proprietários, garantindo sua difusão apenas por softwares livres. Já a LGPL é utilizada para ligar o software livre a aplicações proprietárias. Segundo a Free Software Foundation, as licenças se estruturam conforme a necessidade do usuário, de modo que o caráter adaptativo delas é uma constante. Elas diferem não só quanto ao objetivo, mas também quanto à distribuição do código fonte, podendo ser classificadas como licenças compatíveis ou incompatíveis com a GPL (FREE SOFTWARE FOUNDATION, 2016)

A liberdade, portanto, se garante na distribuição do software livre, não significando ausência de preço. Decerto estabelece-se de diversos modos, como quando o programador recebe o código-fonte ou na disponibilidade de obtê-lo, caso escolha realizar mudanças num software livre, ou utiliza pedaços deste para a elaboração de novos programas.

A obrigação jurídica que as licenças copyleft impõem é que o usuário respeite a liberdade dos demais ao distribuir cópias, modificar ou criar um software a partir do já existente. Assim, o código aberto ou os meios de obtê-lo devem estar sempre disponíveis. A proteção jurídica de um software livre é concedida por duas etapas: a certificação de que o software está protegido por copyright e o oferecimento da licença ao usuário, indiscriminadamente, concedendo permissão para cópia, distribuição ou modificação (FREE SOFTWARE FOUNDATION, 2016).

Infere-se, portanto, que licenças como a GPL refletem a possibilidade de reconhecimento do autor e de benefício à comunidade pela disponibilização do conhecimento empregado sem prejuízo do seu devido crédito, viabilizando ao consumidor real liberdade de escolha.

Ao interligar tal lição à lógica dos softwares livres, identifica-se que tais meios jurídicos de distribuição não obstam o acesso e a livre cognição dos usuários. Eles reconhecem o software como um componente conjuntamente desenvolvido e o protegem de forma que este não saia do âmbito coletivo. Assim, aos demais usuários,

programadores e à comunidade não é negado aquele conhecimento de que fazem parte, como ocorre com a proteção autoral vigente no Brasil.

REFERÊNCIAS

BABBIE, Earl. *The Practice of Social Research*. Eleventh Edition. Belmont : Thomson Wadsworth, 2007.

EPSTEIN, Lee. KING, Gary. Pesquisa empírica em direito [livro eletrônico] :as regras de inferência. São Paulo : Direito GV, 2013 (Coleção acadêmica livre) 7 Mb. ; Título original: *The rules of inference*. - Vários tradutores.

MARENCO, Luigi.; VEZZOSO, Simonetta. *Dynamic Inefficiencies of Intellectual Property Rights from an Evolutionary/Problem-Solving Perspective: Some Insights on Computer Software and Reverse Engineering*. Social Science Research Network, jun. 2006. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=1358920>>. Acesso em: 15 nov. 2013.

FREE SOFTWARE FOUNDATION. *Various Licenses and Comments About Them*. 03 de novembro de 2016. Disponível em: <<https://www.gnu.org/licenses/license-list.html#SoftwareLicense>>. Acesso em: 13 nov. 2016.

PRESSMAN, Roger. *Software Engineering: a Practitioner's Approach*. Seventh Edition. New York: McGraw-Hill, 2010.

HONNETH, Axel . *O Direito da Liberdade*, São Paulo: Martins Editora Livraria Ltda, 2015.

22. JUSTIÇA ALIMENTAR E GRUPOS DE INTERESSES: ANOTAÇÕES SOBRE O FINANCIAMENTO PRIVADO DA INDÚSTRIA AGROALIMENTAR NAS ELEIÇÕES LEGISLATIVAS FEDERAIS DE 2006, 2010 E 2014¹

Leonardo Alves Corrêa

Júlia Pereira Braga

Maria Eduarda Larcher

Mateus Henrique Silva Pereira

Palavras-chave: financiamento privado; eleições; indústria agroalimentar.

Introdução

O objetivo do presente trabalho é apresentar dados acerca das relações que se desenvolvem entre financiamento privado de campanha e o setor agroindustrial. Neste momento, por encontrar-se ainda em desenvolvimento o estudo, o trabalho limitar-se-á a expor os dados coletados.

Deve-se salientar, contudo, que o esforço aqui empregado faz parte de projeto mais amplo, cujo objetivo é realizar levantamento sistêmico para construir inferências críticas acerca da influência privada na criação de leis e políticas públicas voltadas ao segmento alimentar e nutricional.

Metodologia

Como método, utiliza-se investigação do tipo jurídico-descritiva, abordando preliminarmente um problema jurídico sem preocupações imediatas com suas raízes explicativas (GUSTIN, DIAS, 2010). Nesse contexto, o trabalho recorre a dados primários disponíveis no site do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), utilizando-se de seu sistema de prestação de contas, previsto nos artigos 28 a 32 da lei 9.504/1997.

¹ O presente trabalho é fruto das atividades de pesquisa e extensão desenvolvidas junto ao Observatório de Direito à Alimentação da Faculdade de Direito da UFJF

Marco teórico

O presente trabalho situa-se entre os estudos sobre o papel do Direito na relação de permanente tensão entre o Poder Econômico e o Poder Político. Se é verdade que o Poder Legislativo exerce uma função fundamental no Estado Democrático de Direito (regulamentando a Constituição, criando marcos legais, etc.) é também verdade que o impacto que determinados grupos de pressão realizam sobre a atividade parlamentar deveria ser considerado um importante objeto de investigação pelos pesquisadores do Direito. Entretanto, deve-se reconhecer que o estudo desse tipo de relação é ignorado pela Ciência do Direito.

Autores como Renato Raul Boschi e Jeferson Mariano Silva (2013) propõem uma interessante reflexão sobre a relação entre a atividade empresarial e o Direito. Trata-se de analisar como classe empresarial – concebida como ação coletiva – é capaz de se organizar como grupo, estabelecer uma pauta comum, levantar informações relevantes, estabelecer uma estratégia de ação e, por fim, exercer, de forma sistemática e coerente, uma pressão política em parlamentares para a propositura de marcos regulatórios, políticas públicas ou, em outros casos, criar obstáculos para interromper ou minimizar as propostas contrárias aos interesses empresariais.

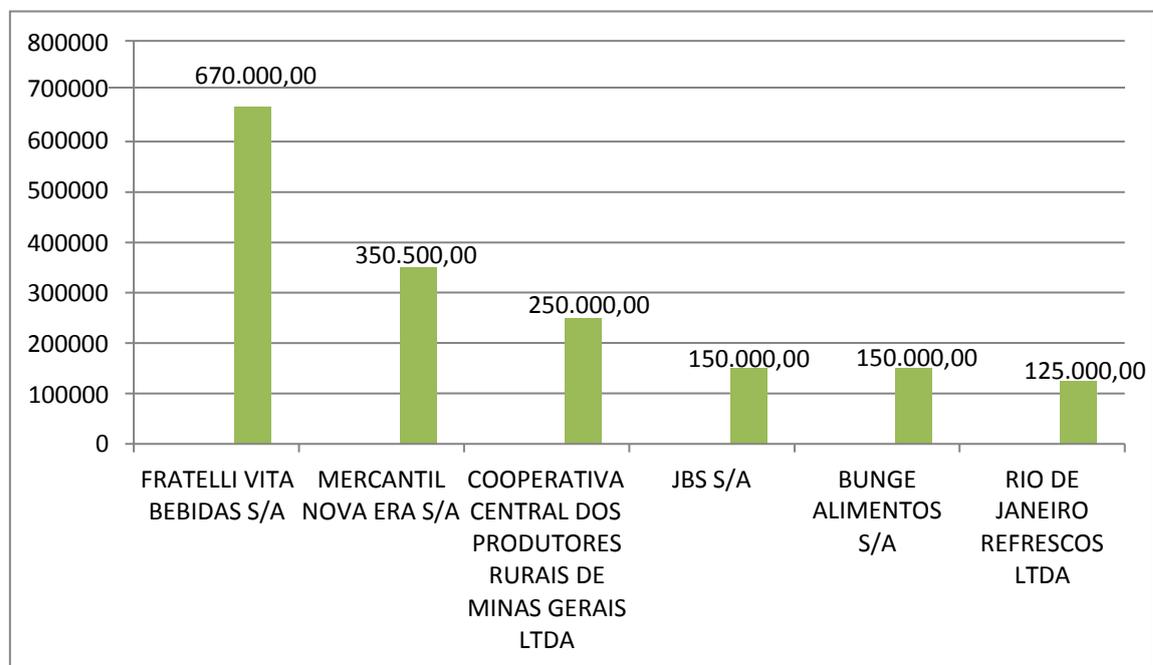
Nesse sentido, o estudo sobre o direito à alimentação – um direito fundamental positivado na Constituição da República - depende de um maior aprofundamento, teórico e metodológico, sobre o modo de ação interações dos grupos de pressão que pretendem influenciar diretamente o comportamento parlamentar e, por fim, o próprio desenho das políticas públicas de segurança alimentar e nutricional.

Resultados

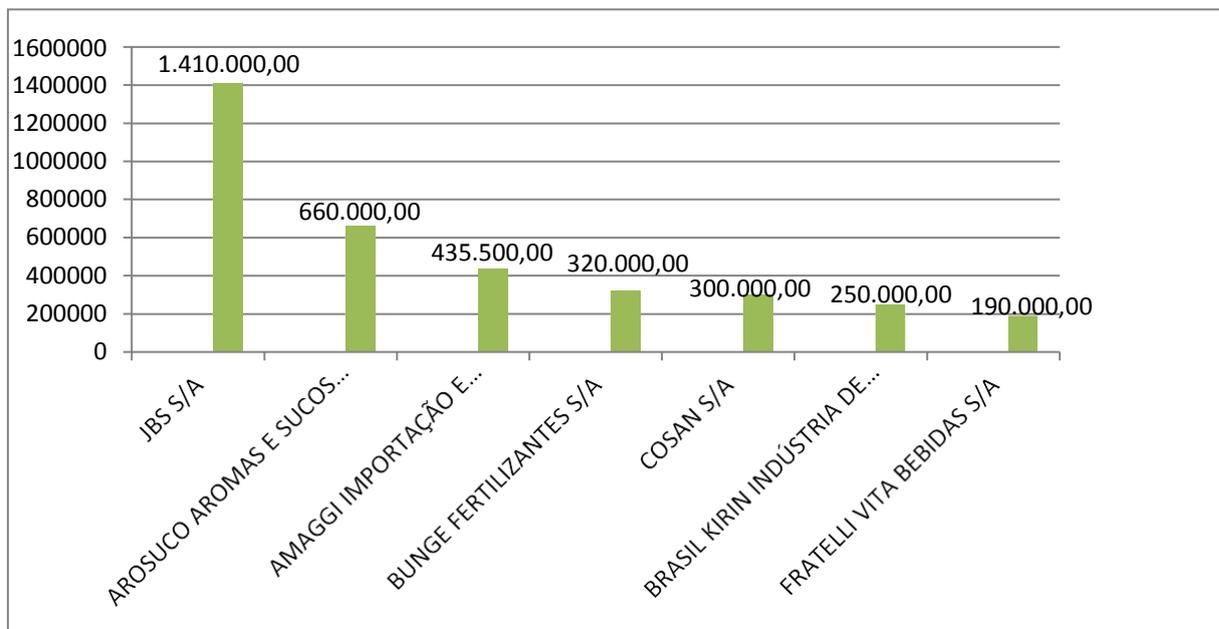
Dito isso, passa-se a análise dos resultados, os quais, conforme já dito, constituem mero panorama do trabalho realizado, haja vista estar ainda em curso à pesquisa. Inicialmente, cumpre esclarecer que foram objeto de estudo, até o presente momento, as eleições de 2006, 2010 e 2014. Nesse contexto, em consonância com os objetivos deste trabalho, buscou-se identificar toda e qualquer doação feita a senadores ou deputados federais por pessoas jurídicas relacionadas ao setor agroalimentar, especificando seus ramos de atividade e os valores das doações.

Relativamente às eleições de 2006, os dados coletados correspondem à prestação de contas dos vinte e sete senadores eleitos. Os deputados federais eleitos nesse ano ainda não foram objeto de estudo. Foi possível constatar a relevância do aporte realizado pelas pessoas jurídicas pertinentes à pesquisa, mas se observa, também, menor concentração das doações, que se encontram pulverizadas, originando-se de pessoas jurídicas menores e de atuação mais restrita ao âmbito local. Apesar disso, foi possível localizar doações realizadas por sociedades de grande renome, com destaque para a Fratelli Vita Bebidas S/A, como se observa no gráfico abaixo.

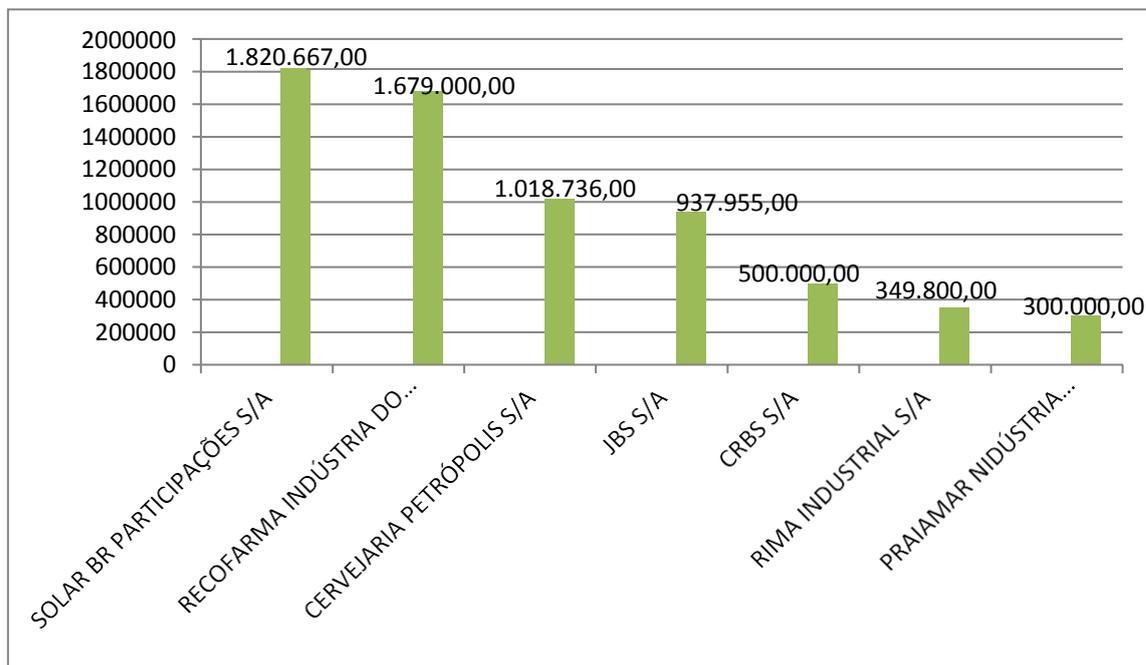
Figura 1: Doações eleições 2006 (senadores), em reais.



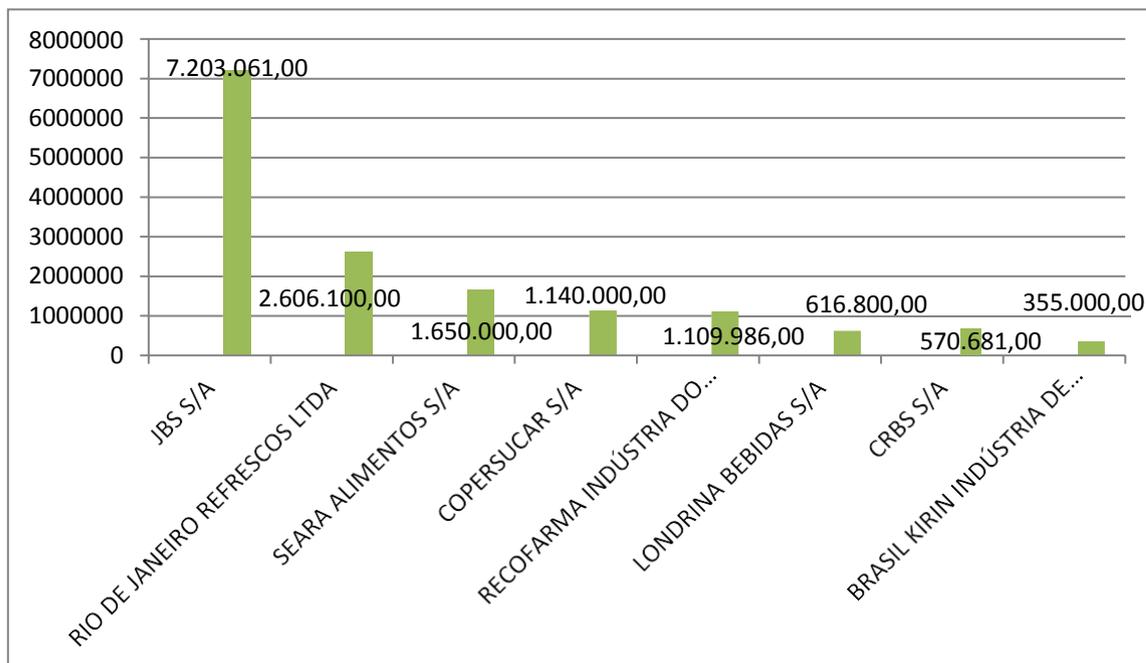
Nas eleições de 2010, igualmente, foram objeto de estudo os cinquenta e quatro senadores eleitos. Os dados relativos aos deputados federais ainda não foram coletados. De maneira semelhante ao observado em 2006, mostraram-se, em geral, bastante desconcentradas as doações aos senadores eleitos em 2010, as quais em muitos casos partiram de cooperativas, distribuidoras e outras pessoas jurídicas de menor expressão. Não obstante, algumas sociedades destacaram-se pelo número de doações realizadas ao longo da campanha e pelo valor aportado, tal como se nota abaixo.

Figura 2: Doações eleições 2010 (senadores), em reais.

No que tange às eleições de 2014, a consulta está em andamento, estando já concluída a coleta de dados dos senadores eleitos nos seguintes estados: Acre, Alagoas, Amazonas, Amapá, Bahia, Ceará, Espírito Santo, Goiás, Maranhão e Rio de Janeiro, além do Distrito Federal, em um total de onze senadores. Desta vez, as doações mostraram-se mais expressivas e mais concentradas em torno de algumas pessoas jurídicas. O gráfico abaixo bem demonstra esse aspecto, mas se faz necessário uma ressalva: os valores imputados a cada doador constituem meras presunções, haja vista serem observadas duas espécies de doações no contexto pertinente ao presente estudo. As primeiras, convencionais, são realizadas em dinheiro, através de cheques, depósitos, cartões de crédito ou débito ou ainda transferências eletrônicas. As outras, em valores estimados, constituem cessão ou doação de bens ou serviços, tais como imóveis, veículos, serviços de advocacia, dentre outros, conforme se extrai do art. 19, II, Resolução nº 23.406/2014, TSE. Nesse último caso, os bens e serviços doados são quantificados por seu valor de mercado, daí resultando não ser possível mensurar exatamente o valor doado.

Figura 3: Doações eleições 2014 (senadores), em reais.

Em relação aos deputados federais eleitos em 2014, já foram alvo de pesquisa estes estados: Acre, Alagoas, Amazonas, Amapá, Bahia, Pará, Paraíba, Pernambuco, Piauí, Paraná, Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte, Rondônia, Roraima e Rio Grande do Sul. De maneira análoga ao apresentado em relação aos senadores, muitas das doações partiram das mesmas pessoas jurídicas, as quais, ao fim, constituem expressiva malha de influência, seja através de doações diretas aos candidatos, seja através de doações aos fundos partidários nacionais e/ou estaduais que, posteriormente, são repassadas aos deputados. Nesse sentido, pretende-se elencar alguns doadores que, até o presente momento, vêm se destacando na pesquisa pela recorrência com que suas doações aparecem. Mais uma vez, cumpre esclarecer que os valores constantes do gráfico são meras estimativas, pois que há inúmeras doações de valores estimados (art. 19, II, Resolução nº 23.406/2014, TSE).

Figura 4: Doações eleições 2014 (deputados), em reais.

Ainda no que tange à pesquisa desenvolvida acerca dos deputados federais eleitos em 2014, vale uma observação. Outras duas pessoas jurídicas destacaram-se, a Cervejaria Petrópolis S/A e a Rio Claro Agroindustrial S/A. Contudo, por terem realizado majoritariamente doações em valores estimados em pequenas quantias, tornou-se inviável o cálculo do aporte por elas realizado, ainda que por estimativa. Apesar disso, não se pode suprimir sua relevância, dado que figuraram como doadores de boa parte dos candidatos analisados.

Conclusão

As conclusões preliminares dos dados levantados indicam a importância da construção de uma série histórica sobre o financiamento privado da indústria agroalimentar no cenário político brasileiro. De modo prévio – e, portanto, não conclusivo – pode-se deduzir que existe uma mudança no padrão de financiamento da indústria agroalimentar entre 2006, 2010 e 2014. De um lado, percebe-se a transformação de um padrão pulverizado de doações para um modelo concentrado em poucas empresas do ramo. Trata-se de um elemento importante e deverá ser analisado futuramente se esse tipo de movimento concentracionista foi capaz de influenciar em alguma agenda do setor. Por outro lado, há também uma tendência de aumento de aporte financeiro em termos absolutos, tais como o caso da JBS/S/A, que

saiu de um financiamento de R\$ 150.000,00 nas eleições para o Senado em 2006 para um aporte R\$ 937.955,00 para o pleito do Senado em 2014.

Referência bibliográficas

BOSCHI, Renato Raul; MARIANO SILVA, Jeferson. **Direito e Empresariado** in Dimensões Políticas da Justiça. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 2013.

BRASIL. Lei 9.504, de 30 de setembro de 1997. Estabelece normas para as eleições. **Diário Oficial da União**. Brasília, 1º de outubro de 1997. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9504.htm >. Acesso em: 28 de out. 2010.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução nº 23.406, de 27 de fevereiro de 2014. **Diário da Justiça Eletrônico do Tribunal Superior Eleitoral**. Brasília, Ano 2014, n. 043, p. 61-74, mar. 2014. Disponível em: < <http://www.tse.jus.br> >. Acesso em: 28 out 2016.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica**. - Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2010.

23. POLÍTICA ALIMENTAR E GRUPOS DE INTERESSES: NOTAS SOBRE O FINANCIAMENTO DE PRIVADO DO SETOR AGROALIMENTAR NA CAMPANHA DOS PARLAMENTARES DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO ELEITOS EM 2014¹

Leonardo Alves Corrêa

Júlia Pereira Braga

Maria Eduarda Larcher

Mateus Henrique Silva Pereira

Palavras-chave: financiamento privado de campanha; indústria agroalimentar; poder econômico; políticas públicas.

Introdução

O presente trabalho consiste na apresentação de resultados prévios de uma pesquisa sobre o financiamento de empresas do setor agroalimentar. De modo mais específico, trata-se dos dados sobre a campanha dos deputados federais e do senador do estado do Rio de Janeiro eleitos em 2014 a fim de analisar a influência do poder privado na elaboração de leis e políticas públicas relacionadas, direta ou indiretamente, com a segurança alimentar e nutricional.

O levantamento desses dados é uma das atividades do projeto de extensão Observatório de Direito à Alimentação da UFJF e integra uma pesquisa mais ampla e sistêmica com o objetivo de possibilitar inferências críticas acerca da relação entre o poder econômico privado e políticas públicas no âmbito da alimentação.

¹ O presente trabalho é fruto das atividades de pesquisa e extensão desenvolvidas junto ao Observatório de Direito à Alimentação da Faculdade de Direito da UFJF

Metodologia

A pesquisa que se propõe é descritiva tendo em vista que busca descrever detalhadamente uma situação que ocorreu permitindo abranger com exatidão as suas características e a sua relação com outros eventos.

A pesquisa é quantitativa, elaborada a partir de dados primários colhidos do Sistema de Prestações de Contas disponível no site do Tribunal Superior Eleitoral. Nesse sistema, são discriminados os recursos financeiros arrecadados para financiamento da campanha eleitoral declaradas pelos candidatos, partidos políticos e comitês financeiros, detalhando quais os doadores e o valor das doações. Tendo em vista a finalidade deste trabalho, apenas os dados referentes às doações de pessoas jurídicas do setor agroalimentar aos 46 deputados federais e o senador do estado do Rio de Janeiro eleitos em 2014 foram computados. Nesse setor são enquadradas todas as empresas atuantes no processo produtivo dos alimentos e bebidas, do cultivo à mesa dos consumidores.

Marco teórico

O debate sobre a relação entre Poder Político e Poder Econômico ainda representam um tema pouco estudado no Direito. Washington Albino de Souza (2005), em sua obra “Primeiras Linhas de Direito Econômico”, busca compreender a relação interdependente existente entre o Poder Econômico e o Direito (em especial, o Direito Econômico).

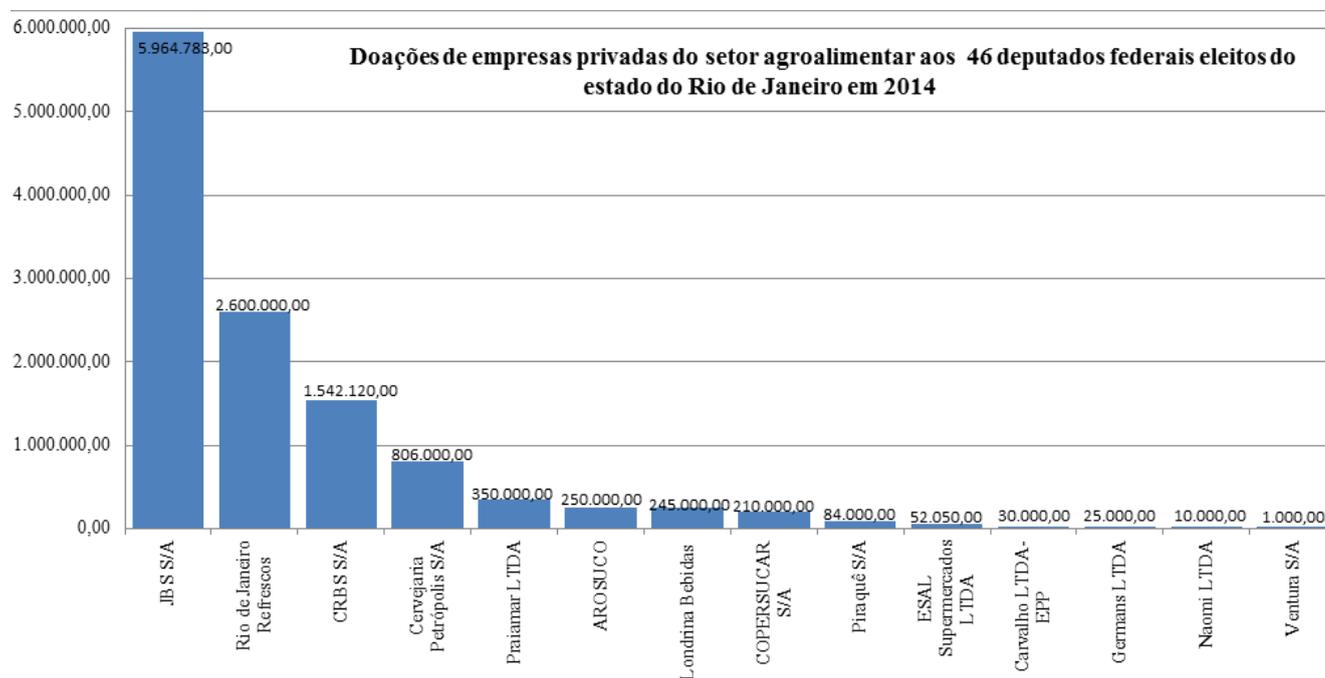
Dentro da Ciência Política, Renato Raul Boschi e Jeferson Mariano Silva (2013) estudaram a relação entre a atividade empresarial e o Direito, em particular, o modo como a classe empresarial atua de forma coletiva e organizada com o objetivo de influenciar na formação da agenda as políticas públicas. Em estudo intitulado “A CNI e a política comercial internacional: lobby no legislativo brasileiro” Manoel Leonardo Santos (2015) investigou as votações nominais entre 1997 e 2007 sobre temas diretamente relacionados aos interesses da indústria. A conclusão do trabalho indica a existência direta entre o financiamento da campanha pelo setor privado industrial e a atividade parlamentar, sendo que a cooperação política pode acontecer

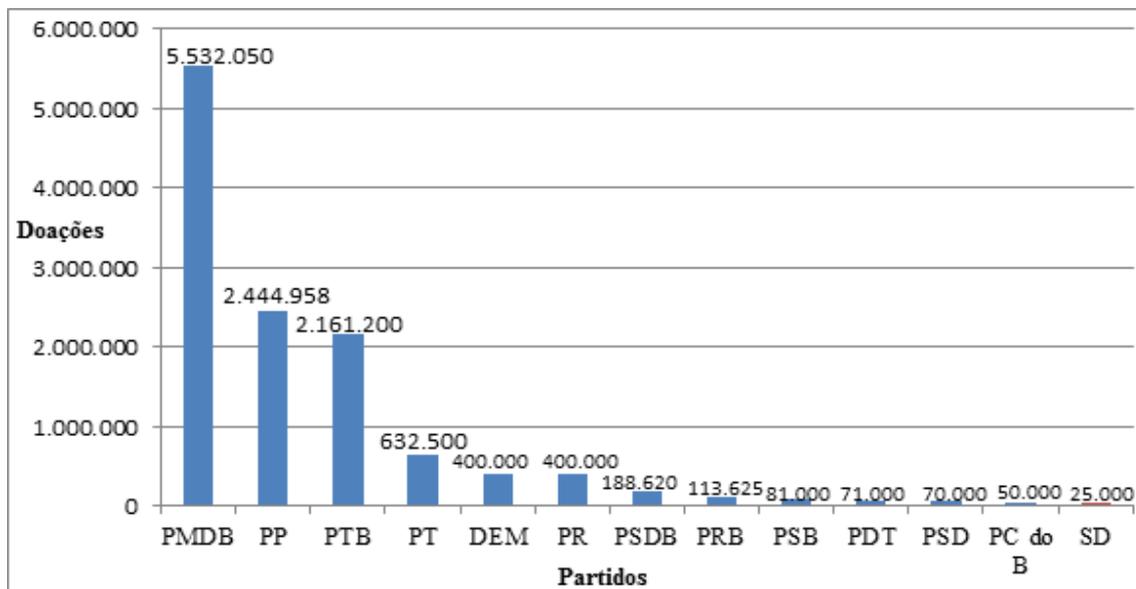
na forma positiva (propositura de leis) ou negativa (criação de obstáculos de políticas contrárias aos interesses da indústria).

Resultados

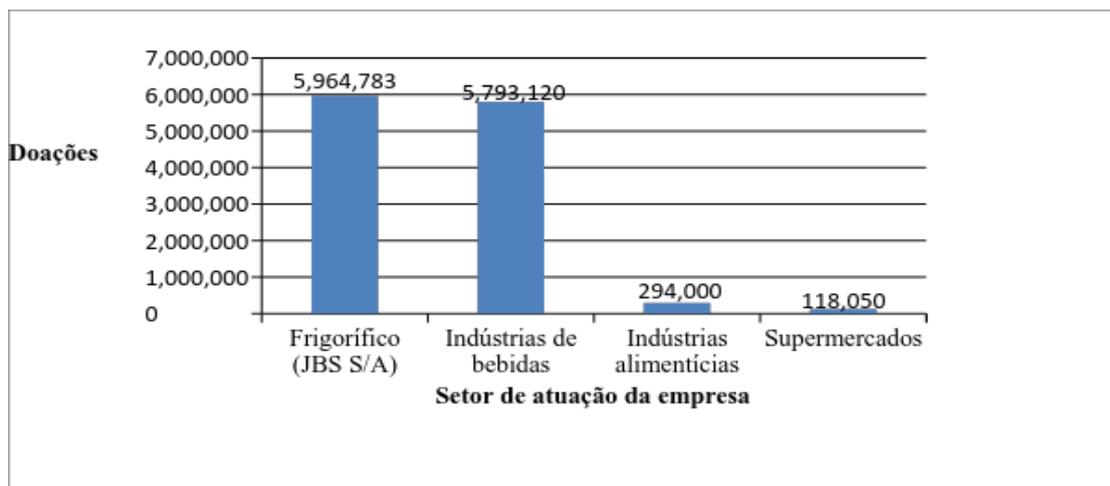
Nas eleições de 2014, 46 deputados federais do estado do Rio de Janeiro foram eleitos. Analisando os dados disponíveis virtualmente no Sistema de Prestações de Contas do TSE, as doações de empresas do setor agroalimentar a esses parlamentares totalizaram 12.169.953 reais. A maior doadora, que desembolsou R\$ 5.964.783,00 foi a JBS S/A. A JBS S/A é a maior produtora de proteínas do mundo, atuando no processamento de carne bovina, suína, ovina e de aves. Em segundo lugar, com 2.600.000 reais doados, está a Rio de Janeiro Refrescos LTDA, empresa do Grupo Andina que integra a Coca-Cola Company e faz parte do Sistema Coca-Cola Brasil. A CRBS S/A (Cebrasa), empresa subsidiária da AMBEV (Companhia de Bebidas das Américas), fabricante de cervejas e refrigerantes, ocupa o terceiro lugar com R\$ 1.542.120,00 em doações. Em seguida, a Cervejaria Petrópolis S/A, produtora de bebidas alcóolicas e não-alcóolicas, com R\$ 806.000,00. A Praiamar Indústria Comércio e Distribuição LTDA, também atuante no ramo de bebidas, é a quinta maior doadora, com o total de 350.000,00 reais. Em sexto, com R\$ 250.000,00 de doações, está a AROSUCO Aromas e Suco LTDA, empresa responsável pela produção de concentrados (necessários no processo de produção de refrigerantes, chás e isotônicos) de todo portfólio da AMBEV. A sétima empresa que mais doou, R\$ 245.000,00, foi a Londrina Bebidas LTDA, empresa que era subsidiária da AMBEV e foi por ela incorporada. A oitava maior doadora foi a COPERSUCAR S/A, atuante na produção e comércio atacadista de açúcar, com R\$ 210.000,00. A Indústria Alimentícia Piraquê S/A, fabricante de biscoitos e massas, ocupa a nona posição, com R\$ 84.000,00 em doações. As quatro empresas seguintes atuam no comércio varejista de mercadorias em geral com predominância de produtos alimentícios, ou seja, supermercados, são elas: ESAL Empresa de Supermercados Angra LTDA contribuiu com R\$ 52.050,00, Carvalho Comércio de Gêneros Alimentícios LTDA-EPP doou R\$ 30.000,00, Germans Distribuidora de Comestíveis LTDA R\$ 25.000,00 e Naomi Comércio de Alimentos LTDA R\$ 10.000,00. Por fim, a empresa Ventura Transporte e Comércio de Alimentos S/A, atuante no comércio varejista de alimentos, com 1.000,00 reais doados.

O partido que mais recebeu doações de empresas do setor agroalimentar foi o PMDB, que elegeu 8 deputados, totalizando R\$ 5.532.050,00. Em segundo, o PP, partido que elegeu 3 deputados e recebeu R\$ 2.444.958,00. Em terceiro, o PTB, com R\$ 2.161.200,00 de doações. Seguido pelo PT, com R\$ 632.500,00. Na quinta posição, DEM e PR, com R\$ 400.000,00. O PSDB se posiciona em sexto, tendo recebido R\$ 188.620,00. Em sétimo, o PRB com R\$ 113.625,00. Na sequência, o PSB com R\$ 81.000,00 em doações, PDT recebeu R\$ 71.000,00, PSD R\$ 70.000,00, PC do B R\$ 50.000,00 e, por fim, SD recebeu R\$ 25.000,00.





Analisando por área de atuação, a empresa de frigoríficos JBS S/A foi a que mais financiou campanhas dos deputados federais do Rio de Janeiro nas eleições de 2014, com R\$ 5.964.783,00. As indústrias de bebidas contribuíram com R\$ 5.793.120,00. As indústrias de alimentos com R\$ 294.000,00 e o supermercados com R\$ 118.050,00.



O senador do estado do Rio de Janeiro eleito em 2014 foi Romário de Souza Farias, do PSB. As empresas do setor agroalimentar que doaram quantias foram a Londrina Bebidas LTDA, com R\$ 250.000,00, e a CRBS S/A também com R\$ 250.000,00. A época, ambas eram empresas subsidiárias da AMBEV, empresa que detém mais de duzentas marcas de bebidas. Posteriormente, a Londrina Bebidas

LTDA foi incorporada pela AMBEV. Essas doações totalizam aproximadamente 43% do total de doações recebidas por esse candidato (R\$ 1.172.627,00).

Conclusões

As conclusões prévias dos dados levantados evidenciam que a indústria agroalimentar representa uma importante fonte de financiamento político no Estado do Rio de Janeiro. De modo preliminar, alguns dados apontam caminhos para futuras pesquisas. Em primeiro lugar, deve-se notar que toda a cadeia alimentar se mostra presente no financiamento das campanhas de deputados e senadores, de modo que é possível identificar a transferência de recursos para as atividades primárias (agropecuária), indústria de processamento de alimentos (setor secundário) às atividades de varejo, tais como o supermercado (setor terciário). Em segundo, os dados indicam, uma forte concentração de recursos em um único doador, a JBS S/A. Trata-se de um dado relevante para futuros projetos de pesquisa, na medida em que se faz importante analisar a relação entre o comportamento dos deputados e senadores e os temas de interesses da JBS S/A, tais como normas fitossanitárias, tributárias e ambientais.

Referências

BOSCHI Renato Raul;MARIANO SILVA, Jeferson. **Direito e Empresariado** in Dimensões Políticas da Justiça. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 2013

SANTOS, Manoel Leonardo W. D. SILVA, Mariana Batista da; FILHO, Dalson Britto Figueiredo; ROCHA, Enivaldo Carvalho da. **Financiamento de campanha e apoio parlamentar à Agenda Legislativa da Indústria na Câmara dos Deputados**. Opinião Pública, Campinas, vol. 21, nº 1, abril, 2015, p. 33-59.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas de direito econômico**. São Paulo: Ltr,2005

24. AS CADEIAS CURTAS DE PRODUÇÃO E AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SEGURANÇA ALIMENTAR E NUTRICIONAL: PRIMEIRAS APROXIMAÇÕES¹

Leonardo Alves Corrêa

Júlia Pereira Braga

Maria Eduarda Larcher

Mateus Henrique Silva Pereira

Palavras-chave: cadeias curtas; direito e políticas públicas; segurança alimentar e nutricional; doenças crônicas.

Introdução

A diminuição da cadeia alimentar tornou-se de extrema importância para a realização de uma alimentação adequada, já que o processo de alongamento dessa cadeia devido ao crescimento de produtos processados e ultraprocessados resultou em grandes problemas para a saúde pública, tais como o aumento de doenças crônicas e a obesidade.

Um dos caminhos necessários para a melhora desse quadro, conforme descrito por Michael Pollan (2008), seria o da coexistência e ampliação de uma cadeia alimentar curta, em que produtor e consumidor se reconheçam como atores reais de um processo alimentar.

A mudança de paradigma em relação ao modelo de cadeia alimentar dependerá, essencialmente, de formulações e aplicações de um novo quadro de políticas públicas de segurança alimentar e nutricional que seja capaz de interagir com diversos temas, tais como, apoio técnico ao produtor local, linhas de créditos especiais, criação de novos espaços de comercialização. Assim, no desenvolvimento dessa pesquisa, questiona-se: qual seria o papel institucional do direito e das políticas

¹O presente trabalho é fruto das atividades de pesquisa e extensão desenvolvidas junto ao Observatório de Direito à Alimentação da Faculdade de Direito da UFJF

públicas nesse objetivo? A mera normatividade intrínseca ao caráter jurídico é capaz de realizar essa transformação ou seria mais eficaz à crítica de elementos econômicos e culturais institucionalizados dentro desse tema?

Cadeia alimentar como uma instituição econômico-social

As bases norteadoras do presente trabalho circundam entre as ideias de Michael Pollan (2008) e Diogo R. Coutinho. A ideia central do primeiro autor trabalhada aqui é sobre a retomada de um sistema alimentar no qual produtor e consumidor se reconhecem como atores reais da própria alimentação. Este tipo de sistema é distinto do modelo hegemônico atual, que amplia o distanciamento por meio de produtos processados e ultraprocessados. Nesse sentido, Michael Pollan diz:

“Numa cadeia alimentar curta, aquele que vai comer pode tornar conhecidos do fazendeiro seus desejos e suas necessidades, e os fazendeiros podem transmitir a quem vai comer as distinções entre alimentos comuns e extraordinários, e as muitas razões por que os alimentos extraordinários valem o que custam. O alimento recupera sua história e um pouco de sua nobreza quando a pessoa que o cultivou entrega a você.” (POLLAN, 2008, pags. 175/176)

Percebe-se que quando a cadeia alimentar torna-se curta, ou seja, quando você compra diretamente com produtores ou com apenas um intermediador, em feiras, em mercados de produtores rurais, o que aumenta é o consumo de alimentos *in natura* e/ou minimamente processados, que consubstanciam em alimentos orgânicos e de base agroecológica. Caracterizando-se assim a relevância de sistemas de produção provedores do uso sustentável de recursos naturais, livres de contaminantes, protetores da biodiversidade. Portanto, as cadeias ou os circuitos curtos de produção podem ser divididos em dois tipos: venda direta na qual o produtor comercializa diretamente com o consumidor (feiras ecológicas, lojas de associação de produtores, venda para grupo de consumidores organizados, cestas em domicílio, venda em beira de estrada, venda direta na propriedade) e venda indireta, ou seja, a comercialização na qual existe um único intermediário entre o produtor e o consumidor

(lojas especializadas e cooperativas, restaurantes, pequenos mercados, lojas virtuais, vendas para programas do governo). (Darolt, Lamine, Brandenburg, 2013, p.9).

Por outro lado, a cadeia longa utiliza-se de produtos processados e ultraprocessados, oriundos das grandes indústrias. De acordo com o Guia Alimentar Para a População Brasileira, alimentos processados são fabricados pela indústria com a adição de sal ou açúcar ou outra substância de uso culinário a alimentos in natura para torna-los duráveis e mais agradáveis ao paladar. O mesmo guia define os ultraprocessados como formulações industriais feitas inteiramente ou majoritariamente de substâncias extraídas de alimentos (óleos, gorduras, açúcar, amido, proteínas), derivadas de constituintes de alimentos (gorduras hidrogenadas, amido modificado) ou sintetizadas em laboratório com base em matérias orgânicas como petróleo e carvão (corantes, aromatizantes, realçadores de sabor e vários tipos de aditivos usados para dotar os produtos de propriedades sensoriais atraentes).

Destarte, percebe-se que a cadeia longa se constitui majoritariamente de alimentos processados e ultraprocessados, que no intuito de transportar por longas distâncias e alongar a vida de produtos alimentícios, utiliza-se de formulações químicas prejudiciais à saúde das pessoas. Com o aumento desse tipo de alimentação houve o crescimento de doenças crônicas tais como obesidade, hipertensão, câncer, diabetes, problemas estes que configuram grandes desafios a serem enfrentados pela saúde pública do Brasil.

A relação institucional entre direito e políticas públicas

No que se refere às políticas públicas, estas são realizadas através de instrumentos da seara do direito, como processos orçamentários, processos administrativos, procedimentos legais e a efetivação judicial em casos de descumprimento de medidas previstas em determinada política pública.

O caráter instrumental do direito em matéria de políticas públicas, ao fornecer ferramentas para a consecução dos fins almejados é de grande importância para o aperfeiçoamento das mesmas. Porém, o desenvolvimento dessa pesquisa concentra-se na análise institucional do direito e sua relação com políticas públicas. Nesse sentido, Douglas R. Coutinho expõe que: “o Direito define tarefas, divide competências, articula e coordena relações intersetoriais no setor público e entre este e o setor privado.”(COUTINHO, 2013, p. 23)

Nesse sentido, uma futura agenda de pesquisa sobre as cadeias curtas de produção deverá indagar, fundamentalmente, quais políticas públicas seriam capazes de promover uma redução da cadeia alimentar de produção, bem como minimização dos custos sociais de uma cadeia longa de produção.

De fato, as políticas públicas sobre a cadeia de produção podem promover, por exemplo, novos formatos institucionais, tais como: a) política fiscal em relação aos produtores locais; b) novos arranjos institucionais com atores chaves de modo a promover maior interação e cooperação entre os Municípios, associações de produtores, comerciantes, associações de consumidores, Universidades, escolas técnicas, c) estruturas de logística e distribuição favoráveis ao escoamento de produtos locais; d) políticas de crédito direcionadas ao desenvolvimento de atividades de produção local; f) conscientização sobre a importância do consumo de produtos locais; g) criação de novos espaços de comercialização.

A partir disso, é evidente a importância da característica articuladora do direito dentro da temática de políticas públicas, seja em âmbitos intersetoriais pertencentes ao próprio Estado, seja em articulações entre instituições privadas e instituições públicas. Compreender tal dinâmica mostra-se de enorme importância para o desenvolvimento de políticas públicas e sua relação com o direito.

Essas funções do direito dentro da matéria de políticas públicas ligam com o objeto de estudo anteriormente tratado, aprofundando-se a promoção de políticas públicas para a retomada de cadeias alimentares curtas, visando à redução de doenças crônicas existentes.

Conclusão

Nesse sentido, o papel do direito em sua relação com as políticas públicas deve ser realizado com a consideração e estudo não somente de fatos dados e a regulação dos mesmos. O direito deve assumir assim um papel efetivo de formulador e articulador de políticas públicas, a partir da compreensão de instituições presentes na sociedade. Ao compreender melhor características pretéritas e atuais das matérias sociais tratadas em políticas públicas, o direito poderá aperfeiçoar as funções que exerce sobre as mesmas.

Com essa função definida do direito, pode-se concluir que a possibilidade da fuga do modelo hegemônico de produção e consumo alimentar, do mercado de processamento de alimentos e do distanciamento entre produtor e consumidor deve ser pensado para além da mera normatividade do direito. As políticas públicas devem ser pensadas a partir de análises de mecanismos institucionais articulados pertencentes à economia, à cultura, e evidentemente, na retomada das ideias histórico-sociais presentes nas cadeias alimentares curtas, no intuito de conhecer os benefícios que esse tipo de cadeia traz para uma alimentação adequada e a redução de problemas de saúde pública, as já mencionadas doenças crônicas.

Referências Bibliográficas

BRASIL, *Guia alimentar para a população brasileira*. Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde, Departamento de Atenção Básica. – 2. ed., 1. reimpr. – Brasília: Ministério da Saúde, 2014.

COUTINHO, Diogo R., *O direito nas políticas públicas*. In: MARQUES, Eduardo; FARIA, C.A.P. A política pública como campo disciplinar. Unesp: São Paulo, 2013.

DAROLT, Moacir R.; LAMINE, Claire; BRANDEMBURG, Alfio. *A diversidade dos circuitos curtos de alimentos ecológicos: ensinamentos do caso brasileiro e francês*. Disponível em: <http://aspta.org.br/wp-content/uploads/2013/09/Revista-Agriculturas-V10N2-Artigo-1.pdf>. Acesso em: 27/10/2016.

POLLAN, Michael. *Em defesa da comida*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2008.

25.A VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS POR EMPRESAS: A DUPLA FACE DA RESPONSABILIDADE PENAL DAS PESSOAS JURÍDICAS NO DIREITO BRASILEIRO

Manoela Carneiro Roland

Luiz Carlos Silva Faria Júnior

Letícia Vieira Barbosa

Lucas de Souza Oliveira

Palavras-chave: Direitos Humanos. Empresas. Responsabilidade Penal. Pessoas Jurídicas.

Introdução

A lógica do modelo econômico capitalista proporciona um fenômeno de hipertrofia das empresas, que ostentam agigantada influência na sociedade, delineando seus padrões e provocando diversos efeitos sobre a configuração contemporânea. Nesse sentido, as discussões com enfoque nas relações destes entes jurídicos com os Direitos Humanos se tornaram pauta importante entre diversos setores da academia e da sociedade civil. O fato de o poderio econômico e político dos entes empresariais se mostrar sucessivamente mais expressivo desencadeou um notável crescimento das violações de direitos por crimes cometidos pelas empresas. O impacto negativo da atuação de algumas corporações, a nível supranacional, trouxe consigo diversas consequências jurídicas. Dentre elas, se encontra mudança importante entre os clássicos entendimentos do Direito Penal, provocando reinterpretações acerca da possibilidade de responsabilização penal de pessoas jurídicas. Hodiernamente, o argumento de que a pessoa jurídica é uma criação artificial da lei e, como tal, não pode ser objeto de autêntica responsabilidade penal, parece não mais vigorar pacificamente, dividindo as correntes teóricas, bem como todos os envolvidos na tutela dos direitos dos indivíduos e da coletividade, que buscam se adequar à realidade em constante metamorfose. Partindo de uma perspectiva de proteção dos Direitos Humanos, pretende-se discutir as mudanças

ocasionadas pela superação do conceito de crime enquanto elemento exclusivamente humano, trazendo à tona a possibilidade de responsabilização do ente coletivo na seara penal.

A responsabilidade penal da pessoa jurídica no ordenamento jurídico pátrio

Com conteúdo que incluía demandas de vários setores, no objetivo de proteger interesses e realizar promessas, a promulgação da Constituição Federal de 1988 delineou diversas mudanças, tendo o Direito Penal sido campo afetado de maneira significativa. A criação da possibilidade de responsabilização penal de pessoas jurídicas é exemplo marcante deste cenário. A previsão constitucional, no que tange à responsabilização mais severa e efetiva das entidades empresariais por intermédio da seara penal, se limita ao espectro específico de crimes contra o meio ambiente, por meio do parágrafo terceiro do Art. 225. Nesta toada, o legislador infraconstitucional tratou do tema em casos de crime contra o meio ambiente, regulando-a pela Lei 9.605/90, que por meio de seu Art. 3º impera que as pessoas jurídicas serão responsabilizadas penalmente. Aberta a premissa para a possibilidade de responsabilização, criou-se grande debate acerca de como se daria a imputação destes entes, e se esta imputação se daria obrigatoriamente de forma conjunta com o administrador ou não. O Superior Tribunal de Justiça (STJ), em diversas oportunidades, demonstrou entendimento no sentido de admitir a responsabilidade penal da pessoa jurídica em crimes ambientais. No entanto, segundo o tribunal, é essencial que haja imputação simultânea da pessoa jurídica e da pessoa física que a representa. O motivo é explicado pelo Ministro Gilson Dipp no Recurso Especial nº 564960/SC63, no qual afirma que "não se pode compreender a responsabilização do ente moral dissociada da atuação de uma pessoa física, que age com elemento subjetivo próprio". O Supremo Tribunal Federal (STF), em dissonância, entende que não há obrigatoriedade de dupla imputação nos casos de responsabilização penal da pessoa jurídica. O entendimento fica evidente no relato do Ministro Dias Toffoli no Recurso Extraordinário (RE) 628.582/RS64, no qual o ministro relator destacou que "no preceito em análise, há uma espécie de autonomia punitiva entre os cometimentos ilícitos praticados pelo homem, enquanto cidadão comum, e os delitos exercidos por empresas. Ambos não se imiscuem, pois estão sujeitos a regimes jurídicos diversos". Conclui-se, nesta linha, que apesar de também admitir a responsabilização na órbita penal da pessoa jurídica, o STF o faz deixando para análise do caso concreto,

ponderando a necessidade ou não de imputação de penalidade também a uma pessoa física e, no caso positivo, quem seria a pessoa a ser responsabilizada, o que se faz muito complicado em diversas hipóteses, como na configuração dos grandes complexos empresarias.

A responsabilidade penal da pessoa jurídica ao redor do mundo

A Comissão Internacional de Juristas publicou, em 2015, estudo acerca da necessidade e das opções para um novo instrumento internacional sobre Direitos Humanos e empresas, levando em conta a inexistência de um regime legal internacional acerca da responsabilidade empresarial por violações de Direitos Humanos. A Comissão detecta dois principais instrumentos jurídicos internacionais que estabelecem previsão de responsabilidade legal das sociedades comerciais: o Protocolo Opcional para a Convenção dos Direitos da Criança na Venda de Crianças e Pornografia Infantil – OPSC70; e a Convenção do Conselho Europeu acerca da Proteção Ambiental através do Direito Penal, que também possibilita a responsabilização penal da pessoa jurídica em seu artigo 9º, mas ainda não está em vigor. O fato de ambos os instrumentos disporem sobre a possibilidade de responsabilização penal das pessoas jurídicas é um ponto extremamente relevante. No entanto, considerando que não há nenhum outro instrumento legal internacional que exige a responsabilização da pessoa jurídica, deve-se observar que o caminho a ser percorrido ainda é longo para que a possibilidade seja a porta de entrada para trazer à tona responsabilização efetiva das empresas em todas as esferas devidas e cabíveis. O Direito Comparado é rico de indícios de que legisladores de todo o mundo vem tentando se engajar no sentido de frear e repreender as ações desvirtuadas das empresas. Desde o século XIX, as Cortes inglesas reconhecem a possibilidade de responsabilização penal das pessoas jurídicas por crime praticado por seus integrantes ou empregados. No entanto, diversos países como Alemanha e outros filiados à cultura romano- germânica ainda caminham na direção oposta, ficando nítidas as dificuldades em vencer o lobby empresarial.

Considerações finais

Entre os fundamentos que contemplam a não penalização da pessoa jurídica, pode-se aferir uma relativa insuficiência ou quase inadequação do Direito Penal clássico para lidar com os injustos penais na sociedade moderna, como

revelam, ilustrativamente, as inúmeras condutas ilícitas, de efetiva lesão a bens jurídicos de expressão, que emergiram no âmbito do direito econômico-financeiro, na seara ambiental e em outros cenários. É nítido que ainda é necessária grande evolução acerca do tema, restando evidente que as possibilidades de responsabilização penal da pessoa jurídica no Brasil ainda são frágeis e limitadas. O atual quadro de violações se faz tão gravoso que clama por mecanismos de contenção, e mais que isso, de repressão ainda mais sólida, por intermédio da pena. A fragilidade atual das possibilidades de proteção das vítimas de violações de direitos por parte de empresas é evidente, visto que, torna-se cada vez mais difícil e insuficiente a responsabilização penal da pessoa física para a prevenção de crimes ambientais ou de qualquer outra natureza. A realidade contemporânea, responsável por nutrir a sociedade massificada de consumo e do capital, tem presenciado diversos episódios em que o sacrifício de Direitos Humanos é a moeda que enriquece empresas, sendo um direito convertido em lucro para organizações poderosas e influentes. Faz-se eficaz o preenchimento dos poros usados pelas empresas para o cometimento de crimes tendo, do outro lado, a impunidade ou até a punição irrisória. A responsabilidade penal da pessoa jurídica vem como reforço a essa frente de luta, sendo interessante contribuindo na reversão da influência que atribui discricionariedade de ação, bem como o poderio excessivo dos grandes entes econômicos.

No entanto, tal necessidade traz consigo um eminente perigo. Os objetivos declarados do Direito Penal transmitem uma aparência de neutralidade do sistema criminal de justiça. Mas essa neutralidade é dissolvida pelo estudo das fontes materiais do ordenamento jurídico, enraizadas nos modos de produção que fundamentam os interesses das classes dominantes, com correspondente exclusão das classes subordinadas. A política do controle social que atua na lógica dos objetivos declarados (neutros) que encobertam os objetivos reais (de fulcro econômico-hegemônico) engloba diversas organizações da sociedade civil, como a empresa, a escola, os partidos políticos, os sindicatos, a igreja e a família, e acaba por refletir a dinâmica da desigualdade social no corolário das leis. Diante disso, é necessária extrema vigilância para que o Direito Penal não seja instrumentalizado como uma máscara para um Estado opressor que, manipulado por aqueles detentores de poder e influência, concretiza os interesses das classes dominantes em detrimento

das demandas dos substratos mais desfavorecidos, o que pode trazer consequências desastrosas como a criminalização dos movimentos sociais, elencando uma enorme contradição existencial de que o mesmo Direito que dá a voz é aquele que silencia.

26.PESSOA JURÍDICA, DIREITOS HUMANOS E INOVAÇÃO: UMA ANÁLISE DO PROCESSO DE EXTENSÃO DE DIREITOS HUMANOS ÀS SOCIEDADES E ASSOCIAÇÕES¹

Sérgio Ávila Negri

Luiza Aparecida Bello Borges

Giovana F. Peluso Lopes

Palavras-chave: pessoa jurídica; naturalização; expropriação da subjetividade.

Introdução

O presente artigo é resultado de projeto de pesquisa desenvolvido no ano de 2016 na Faculdade de Direito da UFJF com apoio da Pró-Reitoria de Pós Graduação e Pesquisa. O projeto procurava analisar como se desenvolve o processo de extensão de direitos humanos à pessoa jurídica. Nos Estados Unidos o tema foi revitalizado a partir de recentes decisões judiciais. No Brasil, após edição da súmula 227 do Superior Tribunal de Justiça, a possibilidade de extensão de direitos à pessoa jurídica parece sustentar um senso comum teórico pouco sensível às diferentes razões que informam a atribuição da personalidade jurídica. Com apoio na perspectiva teórica da repersonalização do Direito, que aponta para a aproximação entre o Direito e o ser humano em concreto, busca-se analisar se esse processo de inovação – extensão de direitos à pessoa jurídica –, do modo como vem sendo realizado, reforça ou compromete a tutela do ser humano no interior dos entes coletivos.

A hipótese a ser investigada é a de que a extensão de direitos humanos à pessoa jurídica, por não considerar as peculiaridades presentes na atribuição de personalidade aos entes coletivos, camufla as tensões entre interesses individuais e coletivos, comprometendo a tutela do ser humano nessas organizações. Para testar a hipótese estabelecida, serão analisados casos julgados pelo Superior Tribunal de

1 Projeto de pesquisa “Pessoa Jurídica, Direitos Humanos e Inovação: uma análise do processo de extensão de direitos humanos às sociedades e associações”, coordenado pelo professor Sérgio Ávila Negri.

Justiça (STJ) que envolvam apenas sociedades e associações de direito privado, uma vez que essas entidades acomodam, tradicionalmente, em seu substrato a união de pessoas em torno de uma finalidade comum.

Metodologia

A pesquisa projetada, enquanto processo de estudo, aproxima-se da categoria jurídico-dogmática, na medida em que foram prioritariamente analisados elementos internos aos ordenamentos jurídicos estudados, mas sem pretensão de um processo metodológico autossuficiente, fechado em suas próprias referências.

A pesquisa é compreensiva, tendo em vista que se propõe a conhecer e analisar a legislação, doutrina e decisões judiciais envolvendo a extensão de direitos fundamentais à pessoa jurídica, para decompor o problema em variados aspectos. Para tanto, foi realizado grupo de estudo no primeiro semestre de 2016 para a compreensão do tema e revisão da literatura previamente separada pelo professor orientador.

Por meio desse processo de estudo, foram colhidos dados e informações que tiveram seu conteúdo analisado de forma a dissociá-los do contexto originário em que foram obtidos, procedendo-se, em seguida, à reconstrução dos mesmos a partir do referencial teórico adotado. A análise de conteúdo assim desenvolvida viabiliza a construção de um sistema analítico de conceitos, diante do qual será possível a realização de novas inferências.

Os problemas gerados pela utilização normativa do termo pessoa jurídica, como ente abstrato, na fundamentação de decisões, não se restringem aos temas que serão trabalhados pela pesquisa proposta.

Para a sua viabilidade, o estudo pretendido será delimitado inicialmente pelo seu próprio objeto: processo de extensão de direitos fundamentais à pessoa jurídica. Com esse limite temático, ficarão de fora da pesquisa problemas que igualmente se relacionam ao uso normativo do termo pessoa jurídica, como a desconsideração da personalidade jurídica, a responsabilidade penal da pessoa jurídica e a discussão sobre o dano moral da pessoa jurídica (embora esta última possa ser tangencialmente mobilizada para os fins da pesquisa, sem que, com isso, componha o seu efetivo objeto de investigação).

Quanto à extensão do âmbito de investigação, é importante demarcar que, face às diversas entidades que configuram o rol legislativo de pessoas jurídicas no Brasil, serão analisados apenas os casos envolvendo extensão de direitos fundamentais a sociedades e associações de direito privado. A escolha se justifica pela circunstância de essas duas entidades, tradicionalmente, apresentarem como substrato a união de pessoas em torno de uma finalidade comum, realçando, portanto, em seu interior, a tensão entre interesse individual e coletivo.

Marco Teórico e Revisão da literatura

A pesquisa adota como referencial teórico a perspectiva da repersonalização do Direito, a qual procura combater a visão descontextualizada do sujeito de direito das grandes codificações, reduzido a mero elemento formal para imputação de direitos e deveres².

Na abordagem tradicional do Direito, a subjetividade, enquanto *fattispecie*, descola-se do seu principal referencial (o ser humano), adquirindo um significado próprio no mundo jurídico. Uma vez que a personalidade se afirma como a aptidão para adquirir direitos e deveres, o termo pessoa passa a indicar apenas o sujeito abstrato da relação jurídica. Nessa linha de raciocínio, o conceito de pessoa é elevado à condição de gênero, passando a abrigar, indiscriminadamente, tanto o indivíduo, agora pessoa natural, como as mais variadas corporações.³

Para o “novo ser”, pessoa jurídica, replicam-se as estruturas dogmáticas já existentes, como os conceitos de personalidade, capacidade de direito e capacidade de exercício, do que resultam verdadeiros metadiscursos.

De outro lado, sob a lente teórica da repersonalização, o Direito cumpre de modo mais adequado o seu papel na justa medida em que se aproxima do ser humano em concreto, desprendendo-se da estética abstrata tradicionalmente construída em torno do termo pessoa.

2 Nesse sentido: RODOTÀ, Stefano. *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*. Milano: Fretinelli Editore, 2007. Conferir também: PERLINGIERI, Pietro. *La persona e i suoi diritti. Problema del diritto civile*. Tomo secondo. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2005.

3 Nesse sentido: NEGRI, Sérgio Ávila. *A (Des)Naturalização Teórica da Pessoa Jurídica*. XXIV Encontro Nacional do Conpedi, Belo Horizonte, 2015.

Resultados e Conclusão

A partir de um levantamento e posterior sistematização de dados sobre decisões judiciais do Superior Tribunal de Justiça - no período de 1993 a 2016 - envolvendo a extensão de direitos fundamentais à pessoa jurídica, chegou-se aos seguintes resultados. Em primeiro lugar, dos 112 acórdãos encontrados relacionados ao dano moral da pessoa jurídica por ofensa à honra, 42 reconheceram a possibilidade desse ente coletivo sofrer dano moral com base na idéia de violação da honra objetiva. O direito à honra, portanto, é o interesse mais invocado nos litígios envolvendo pessoas jurídicas, objetos de análise do STJ.

Ademais, verificou-se o entendimento da Corte de não extensão dos direitos previstos no artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal de 1988 - caracteristicamente individuais - às pessoas jurídicas de direito público. Isso porque, tendo em vista a própria natureza desses direitos fundamentais – pensados em sua origem como apenas oponíveis ao Estado –, seria um paradoxo conceber, na mesma pessoa, posição idêntica de titular ativo e passivo do interesse em litígio, constituindo como única exceção os direitos fundamentais de natureza procedimental. Logo, a indenização por dano moral decorrente de ofensa à honra, imagem, vida privada e intimidade estende-se, no entendimento do STJ, apenas às pessoas jurídicas de direito privado.

Quando se observa o desenvolvimento do tema nos julgados analisados, constata-se, por vezes, que o debate se concentra na simples análise da subjetividade jurídica. A atribuição de personalidade jurídica, ao promover o desenvolvimento de um novo sujeito, já justificaria o reconhecimento dos direitos fundamentais. Essa circunstância demonstra que o estado da arte relacionado ao tema ainda se mostra incipiente, clamando por novas contribuições.

Referências bibliográficas

NEGRI, Sérgio Ávila. *A (Des)Naturalização Teórica da Pessoa Jurídica*. XXIV Encontro Nacional do Conpedi, Belo Horizonte, 2015.

PERLINGIERI, Pietro. *La persona e i suoi diritti. Problema del diritto civile*. Tomo secondo. Napoli:Edizionue Scientifiche Italiane, 2005.

RODOTÀ, Stefano. *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*. Milano: Fetrinelli Editore, 2007.

27.O DIREITO DE CO-DETERMINAÇÃO E A TEORIA INSTITUCIONALISTA DA EMPRESA

Sérgio Marcos Carvalho de Ávila Negri

Gabriel Coutinho Galil

Palavras-chave: Co-determinação. Teoria Institucionalista. Direito Empresarial.

A empresa é um fenômeno multifacetário, podendo ser compreendida de diversos prismas, como subjetivo, objetivo e institucional (ASQUINI, 1996). Sendo o Direito Empresarial o ramo do Direito que disciplina o fenômeno empresarial, deve ele se ocupar da empresa em todas suas faces. Apesar de o Código Civil, pela redação do artigo 966, ter dado preferência ao entendimento da empresa como atividade, não se pode olvidar de seus outros perfis. Nesse prisma, entender a empresa como instituição implica no direcionamento das normas de Direito Empresarial não somente para as atividades econômicas, mas também para as pessoas físicas que realizam tal atividade, com especial atenção aos trabalhadores. Assim, os institutos de direito empresarial não devem preocupar-se somente com os interesses dos sócios, mas de todas as partes envolvidas.

A desconstrução da visão mercantil clássica, que concebia o Direito como instrumento de tutela do lucro perpassa, necessariamente, a discussão sobre o conceito do interesse social da empresa. A temática foi alvo de discussão doutrinária, dividindo-se em dois grandes eixos: o contratualismo e o institucionalismo (SALOMÃO FILHO, 2015). A primeira é adotada pelo Código Civil italiano e tem como base a ideia de que a sociedade é formada por um contrato de execução continuada, tendo como partes os sócios, que ditarão os interesses a serem perseguidos pela empresa. Assim, o interesse social encontra o seu limite subjetivo naqueles sócios que compõem a sociedade. Parte mais progressista da doutrina contratualista chega a considerar o interesse de sócios futuros como parte integrante da função social. O ponto mais ilustrativo de tal teoria é a hipótese de uma sociedade unipessoal, onde não haveriam dois interesses, um do sócio e um da empresa, mas apenas o primeiro. A chamada teoria contratualista moderna muda o referencial do interesse social, colocando-o

como o interesse dos acionistas (*shareholdersvalue*). Assim, o interesse social não estaria contido na vontade dos sócios ou administradores, mas na persecução da valorização máxima das ações da sociedade anônima. Este reflexo da integração das sociedades anônimas com o mercado de capitais pode ser considerado ainda mais preocupante, uma vez que pode incentivar condutas ainda mais danosas para sociedades (em relação à coletividade) para a busca de valorização das ações em um “mercado” que possui traços comportamentais completamente desconhecidos.

Em contrapartida, a doutrina econômica e jurídica alemã intitulada de institucionalismo, surgida no pós-guerra e muito influenciada por tal contexto, enxergava na empresa um instrumento para a reconstrução econômica do país. Tal tese, passou a ser adotada pelo ordenamento alemão, que positivava a defesa do *Unternehmeninteresseamsich* que era o interesse social autônomo, passível de defesa pela administração independentemente da assembleia de acionistas. Tal entendimento, no entanto, foi criticado uma vez que não havia na lei acionária de 1937 instrumentos para a efetivação desse interesse social de caráter mais publicístico. Esta situação seria modificada com a promulgação da nova lei acionária alemã em 1960.

Nos anos que precederam esta promulgação, o institucionalismo avançou com a aprovação de diversas leis que garantiam a participação operária nos órgãos diretivos nas sociedades anônimas. Tal garantia de participação operária no âmbito diretivo ilustra o ponto alto da teoria, que é a de um interesse social autônomo e independente dos interesses contrapostos dos sócios. Nessa situação, a sociedade empresária deveria exercer uma função dentro da coletividade e, a partir dessa função, se extrairia o conteúdo do interesse social. A teoria institucionalista organizativa, que surgiu como alternativa à primeira corrente institucionalista, adotada até 1937, conferiu maior concretude ao pensamento empresarial alemão à medida que restringiu a incidência do interesse social como produto dos interesses das partes efetivamente atuantes, que para eles restringiam-se aos sócios e aos operários da sociedade.

É exatamente no contexto germânico, sobre a influência do institucionalismo, que surge o direito de co-determinação nas sociedades empresárias alemãs. São previstos dois níveis de co-determinação: o de chão de fábrica e o conselho administrativo.

A co-determinação no chão de fábrica (*Betriebliche Mitbestimmung*) é exercida por meio dos conselhos de trabalhadores. Instituída pela *Betriebsverfassungsgesetz* (ALEMANHA, 1972) cada local de trabalho que funcione com pelo menos 5 trabalhadores deve eleger um conselho. Caso a sociedade exerça atividade em diferentes locais, cada um deve ter seu próprio conselho local, sem prejuízo de um conselho geral. Esse conselho é titular do direito de informação, consulta e participação sobre assuntos que envolvam diretamente a rotina dos trabalhadores, como horário de trabalho, métodos de pagamentos, contratações e demissões. A ausência de consulta à esses conselhos pode resultar na invalidação das decisões.

Se a sociedade funciona com mais de 100 funcionários é necessária a formação de um comitê econômico, eleito pelo conselho dos trabalhadores. Esse comitê deve ser informado de toda a matéria administrativa da sociedade, como balanços financeiros, situação produtiva e investimentos.

O outro nível de co-determinação ocorre no conselho de administração, que no ordenamento alemão existe nas sociedades limitas (*GmbHs*) e anônimas (*AGs*). Nas sociedades que contam com mais de 500 funcionários aplica-se a previsão de que um terço do conselho administrativo deve ser formado por representantes eleitos pelos trabalhadores. Nas sociedades que empregam mais de 2.000 funcionários a co-determinação ocorre pela eleição de metade do conselho administrativo por trabalhadores. Existe, ainda, a previsão de um cargo na diretoria da sociedade do *Arbeitsdirektor*, responsável exclusivamente por assuntos sociais e trabalhistas. Para a contagem dos funcionários, considera-se também aqueles que estão alocados em subsidiárias de um grupo empresarial.

Na indústria do carvão, ferro e metal existem algumas peculiaridades, como a da aplicação da co-determinação também nos conselhos das holdings que tenham sociedades desse ramo como subsidiárias e da exclusividade dos representantes dos trabalhadores de destituir o *Arbeitsdirektor*.

Existe uma dificuldade dos representantes dos trabalhadores de compor a maioria nas deliberações, não só nos casos em que são somente um terço do conselho, mas também quando representam metade desse. Isso porque, no caso de empate, o *chairman* eleito pelos acionistas ou sócios é responsável pelo “voto de

minerva”. No entanto, a participação dos trabalhadores no processo deliberativo já possibilita certa influência e potencializa a representação dos trabalhadores (WIRTH *et ali*, 2006).

No que tange à alienação da sociedade existe apenas o dever de informar o conselho econômico, não sendo essas operações sujeita ao direito de co-determinação de forma direta. Mas, nos casos de mudanças operacionais provocadas por alienação, o conselho de trabalhadores da sociedade que está sendo alienada tem o direito de negociar com a outra parte um plano social, pelo qual os efeitos adversos são financeiramente compensados. Esse plano social não é dispositivo, obrigando a parte que adquire a sociedade.

Apesar de terem sido feitas previsões que a co-determinação dificultaria a possibilidade de tomadas de decisões nas sociedades, colocando-as em déficit com outras que não estivessem submetidas a esse regime, alguns estudos econômicos demonstraram que a co-determinação não diminui a capacidade de inovação da empresa (KRAFT *et. ali*, 2009).

O direito de co-determinação influenciou outros ordenamentos jurídicos, como ocorreu na Lei das Sociedades Anônimas (BRASIL, 1976), que coloca, timidamente, normas de caráter institucionalista em um ordenamento tipicamente contratualista (SALOMÃO FILHO, 2002). Na redação do parágrafo único do artigo 140, o estatuto da sociedade poderá prever a participação dos trabalhadores no conselho de administração. Assim, trata-se de norma dispositiva, ao contrário do que ocorre na Alemanha, dependendo da vontade dos acionistas para sua implementação.

Em um cenário globalizado onde as decisões tomadas por uma sociedade empresária pode afetar profundamente um coletivo de pessoas cada vez maior (Pode-se tomar como exemplo as decisões tomadas pelo Lehman Brothers e suas repercussões mundiais), não se pode conceber, principalmente a luz do parágrafo único do artigo 116 da LSA, a exclusão de uma parte diretamente afetada pela atividade empresária do processo decisório. Desse modo, o trabalho a ser desenvolvido pretende buscar as causas da falta de efetividade da co-determinação no cenário brasileiro, assim como suas consequências.

REFERÊNCIAS

ASQUINI, Alberto. *Perfis da empresa*. Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro, São Paulo, v. 35, p. 109-126, outubro/dezembro 1996. n. 104.

KRAFT, Kornelius *et al.* Co-determination and innovation. **Cambridge Journal of Economics**. 2011, n. 35, p. 145–172

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Teoria Crítico-Estruturalista do Direito Comercial*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015

_____. *Novo Direito Societário*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

WIRTH, Gerhard; ARNOLD Michael; MORSHÄUER, Ralf *et al.* *Corporate Law in Germany*. 2. ed. Munique: Beck, 2010.

28.O EIXO MINERÁRIO DO PROJETO MINAS-RIO E O PROCESSO DE IDENTIFICAÇÃO DOS ATINGIDOS

Sergio M. C. de Ávila Negri

Elora Raad Fernandes

Palavras-chave: Direito. Mineração. Atingidos. Projeto Minas-Rio.

Introdução

O presente trabalho é resultado de projeto desenvolvido pelo Grupo de Pesquisa Direito e Mineração registrado no CNPQ e desenvolvido no ano de 2016 na Faculdade de Direito da UFJF com apoio da Pró-Reitoria de Pós Graduação e Pesquisa. Dentro das atividades realizadas no projeto aprovado pela FAPEMIG sobre Rede Global do Minério de Ferro: o exercício do poder corporativo no Brasil, coordenado pelo professor Bruno Milanez, busca-se analisar a relações entre Direito e Mineração na região de Conceição do Mato Dentro em Minas Gerais.

A identificação de atingidos por violações de direitos humanos por mineradoras constitui-se em um momento delicado na implantação de um empreendimento e, em grande parte dos casos, gera conflitos. Ocorre, porém, que ser considerado atingido é pressuposto fundamental para que seja efetuado qualquer tipo de reparação pelas violações de direitos humanos. Isso se mostra muito relevante hoje, pois se observa, em vários processos de instalação de empresas mineradoras, uma frustração generalizada da população quanto à reparação dos danos sofridos¹, de modo que se deve verificar se este problema tem sua origem no próprio processo de identificação destes atingidos.

Esse quadro não é diferente no eixo minerário do “Projeto Minas Rio”, caso escolhido para o estudo em questão. Nessa perspectiva, empreende-se no

¹ Como pode ser exemplificado nos links: <http://g1.globo.com/minas-gerais/desastre-ambiental-em-mariana/noticia/2016/11/marcha-de-atingidos-por-barragem-relembra-tragedia-em-mariana.html>; <http://g1.globo.com/rj/norte-fluminense/noticia/2016/03/mpf-cobra-reparacao-total-de-danos-ambientais-do-porto-do-acu-no-rj.html>; <https://www.brasildefato.com.br/node/26487/>.

presente trabalho um estudo de caso, segundo os ensinamentos de Robert Yin, do ocorrido nos municípios Conceição do Mato Dentro, Alvorada de Minas e Dom Joaquim, no que se refere à mineração praticada, atualmente, pela AngloFerroous Minas-Rio Mineração S.A.

Metodologia

Como caminho metodológico escolheu-se o estudo de caso, feito com base nos ensinamentos de Robert Yin (2005). Esse tipo de estudo, segundo o autor, permite investigar um caso preservando características significativas da vida real, características estas tão complexas que uma estratégia experimental ou mesmo um levantamento de dados não seriam suficientes para abarcar.

O método do estudo de caso pode ser utilizado de diversas maneiras e, neste trabalho, ele será empregado como uma forma de generalizar teorias. Segundo Yin (2005), uma das maiores preocupações quanto aos estudos de caso é que eles fornecem pouca base para generalizações científicas. Ocorre que estes, na verdade, são generalizáveis a proposições teóricas e não a populações ou universos, ou seja, a lógica a ser aplicada é a da replicação e não a da amostragem (generalização analítica e não generalização estatística).

Nesta linha, busca-se responder como se desenvolveu o processo de identificação das pessoas consideradas atingidas pelo eixo minerário do Projeto Minas Rio da AngloFerroous Minas-Rio Mineração S.A. Seguindo a metodologia aqui utilizada, a teoria desenvolvida a partir do diagnóstico encontrado em tal caso poderia ser replicada e confirmada futuramente em casos análogos.

A fim de se seguir o critério de qualidade denominado pelo autor de validade do constructo (YIN, 2005), buscou-se fontes múltiplas de evidência. Posto que esta metodologia é utilizada quando o pesquisador possui pouco controle sobre os eventos do caso, sendo estes predominantemente contemporâneos, analisou-se dados indiretos sobre o empreendimento. Foram utilizados os relatórios “O Projeto Minas Rio e seus Impactos Socioambientais: Olhares desde a perspectiva dos atingidos” (BARCELOS, 2014) e “Cidade e Alteridade” (GUSTIN, 2015) com o intuito de se ter uma visão panorâmica do caso na perspectiva dos atingidos e de lograr relatar especificamente os direitos humanos violados.

Ademais, utiliza-se a legislação atual referente ao licenciamento ambiental e às especificações do EIA; o parecer único do Sistema Estadual de Meio Ambiente (SISEMA) apresentado à Unidade Regional Colegiada (URC) Jequitinhonha após o pedido de Licença Prévia pelo empreendedor a fim de instruir e subsidiar os conselheiros do órgão no julgamento da viabilidade ambiental do empreendimento e na tomada de decisão da licença solicitada; o diagnóstico socioeconômico da Diversus, requisitado em 2011 pela URC Jequitinhonha devido aos problemas encontrados no EIA/RIMA como se verá a seguir e atas das audiências públicas que ocorreram ao longo do licenciamento do empreendimento, a fim de se analisar esta forma de participação popular como indício da paridade participativa dos atingidos.

Com o propósito de se estabelecer a unidade de análise do caso, o marco temporal utilizado é definido pelo início da discussão sobre o licenciamento, no ano de 2006 até a concessão da licença de operação, no final de 2014. Especialmente, escolheu-se estudar a identificação de atingidos no eixo minerário do empreendimento, constituindo-se por Conceição do Mato Dentro, onde se encontra a grande mina Sapo-Ferrugem, Alvorada de Minas, onde se situa a estação de beneficiamento do minério e Dom Joaquim, onde se localiza o Rio Peixe, que fornece água para o empreendimento.

Cabe ressaltar os limites metodológicos aqui enfrentados, vez que o estudo de apenas um caso pode não fornecer uma base tão sólida para o estabelecimento de teorias. Ademais, a riqueza de detalhes de um caso que já dura mais de dez anos não pode ser completamente descrita em palavras, de modo que aqui se encontram as passagens mais importantes no tocante à identificação e à tutela dos direitos dos atingidos pelo empreendimento. Assim, esse estudo pretende ser o início de uma análise mais ampla sobre a identificação de atingidos por empreendimentos minerários em geral e a justiça ou não advinda desse processo.

Marco Teórico e Resultados Parciais

Como marco teórico, utiliza-se a teoria da justiça de Nancy Fraser, segundo a qual as reivindicações por justiça social podem ser divididas em três dimensões: há a dimensão da redistribuição, que está ligada a uma justa distribuição por riquezas e é advinda da estrutura econômica da sociedade; a dimensão do reconhecimento, que está ligada ao respeito às diferenças e embasada nos padrões sociais de

representação, interpretação e comunicação e, por fim, a dimensão da representação, sendo esta uma dimensão política da justiça, que está relacionada ao enquadramento apropriado para que se discutam as questões de primeira ordem, ou seja, o palco em que as duas primeiras dimensões serão debatidas.

A verificação das violações de direitos humanos representa o fio condutor para se determinar quem é atingido, tanto em relação às violações de primeira ordem, de redistribuição ou de reconhecimento, quanto às de segunda ordem, que, se existirem, impedem a própria solução das injustiças de primeira ordem. Em outras palavras, a não identificação do atingido como tal ou a falta de paridade participativa na busca por uma justa reparação pelas violações, sendo estas próprias injustiças de segunda ordem - políticas - impedem ou dificultam a reparação de violações de direitos humanos relativas às injustiças econômicas e culturais e, por isso, aquelas estão em um plano de meta-justiça, em que deve ser debatida a própria democracia do processo de escolha do enquadramento político a ser adotado.

Após o levantamento dos dados parciais, verificou-se que o processo de identificação ocorre de forma superficial e sem a efetiva participação dos atingidos pela atividade de mineração. Não há efetivamente propostas para a reparação dos danos causados às comunidades da região e para a mitigação da dependência derivada da implantação da atividade extrativista.

Referências

FRASER, Nancy. Reenquadrando a Justiça em um mundo globalizado. **Lua Nova**, São Paulo, v. 77, p.11-39, 2009. Tradução de: Ana Carolina Freitas Lima Ogando e Mariana Prandini Fraga Assis.

MACHADO, Joana de Souza; NEGRI, Sergio M. C. A. **Democracia e justiça entre o global e o local**. In.: XXI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI/UFF, 2012, Niterói. Anais do XXI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI/UFF, 2012.

YIN, Robert. **Estudo de Caso: planejamento e métodos**. 3ª ed. Porto Alegre: Bookman, 2005.

29.A VERIFICAÇÃO DE EXISTÊNCIA DO INSTITUTO DO *CRAM DOWN* NA *LEI 11.101/2005*

Fernando Guilhon de Castro

Diogo Luís Manganelli de Oliveira

Débora Guedes Schlaucher

O trabalho proposto tem como objetivo tratar acerca da Lei 11.101/2005 que consagrou o instituto da recuperação judicial no Brasil em detrimento do Decreto-Lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945, que regulava o ultrapassado regime das concordatas.

Com o advento desta nova legislação, obteve-se um desvio do caminho seguido anteriormente. A liquidação da empresa, culminando logicamente em sua falência, passa agora a ser vista como o último caminho no processo de crise, criando-se alternativas extremamente eficazes para fazer com que se recupere, mantendo assim sua função socioeconômica, gerando empregos e movimentando a economia.

Busca-se, portanto, o saneamento da empresa em crise, atraindo os credores a negociarem diretamente com o devedor mediante a observação e intervenção do Estado, através do juiz, consagrando o princípio maior contratual da autonomia de vontade das partes. Entretanto, diferentemente do que se pregou acerca da autonomia das partes contratantes, prevê este ordenamento em seu artigo 58, §1º, inspirado no *Bankruptcy Act*, a aplicação do instituto conhecido como *Cram Down*, ou seja, a interferência do juiz encarregado de conduzir o processo de recuperação judicial na aceitação do plano apresentado pelo devedor quando este for rejeitado por parcela dos credores.

Diante da gritante diversidade entre os dois modelos jurídicos dos quais estaremos tratando, o foco desta pesquisa é compreender se há, de fato, no Brasil, aplicação do instituto do *Cram Down*, ou seja, se tem realmente aqui o juiz a ingerência de interferir de sobremaneira na aceitação do plano de recuperação judicial, conforme previsão do supracitado art. 58, §1º.

Através de uma análise doutrinária e jurisprudencial, essencialmente, tentaremos definir em qual nível estamos na aplicação deste instituto alienígena importado para o direito brasileiro e concluir, por fim, se efetivamente temos sua aplicação pura ou se, nesse compendio, estamos a tratar da criação de um instituto novo, repleto de particularidades e essencialmente brasileiro.

30. DO HIPERPUBLICISMO AO HIPERPRIVATISMO: AS CONVENÇÕES PROCESSUAIS PROBATÓRIAS NO NOVO CPC

Clarissa Diniz Guedes

Gabriel Coutinho Galil

Palavras-chave: Convenções Processuais. Direito à Prova. Publicismo.

O trabalho objetiva analisar o cabimento e os limites das convenções processuais de matéria probatória, por meio da cláusula geral incluída no artigo 190 do Código de Processo Civil (CPC) sob a ótica do direito à prova como um direito fundamental implícito na ordem constitucional e nos tratados internacionais de Direitos Humanos. Sob essa perspectiva, pretende-se evidenciar os limites das referidas convenções para que não resultem como um óbice à tutela jurisdicional justa.

O estudo sobre as convenções processuais situa-se no centro do debate entre o privatismo e o publicismo no processo civil, uma vez que possibilita a influência significativa da autonomia da vontade das partes em um processo concebido, tradicionalmente, como público e ditado por normas cogentes (CABRAL, 2016 p. 104). Apesar do referido debate ter-se intensificado nos anos 2000 (GRECO, 2008), evidencia a influência das concepções ideológicas e, na visão de alguns, poéticas¹, assim como ocorre em qualquer diploma legal (AROCA, 2006 p. 16).

Os ideais liberais vigentes no século XIX foram fundamentos da concepção privatista do processo civil nesse período. O princípio dispositivo, ainda vigente, possuía contornos muitos mais rígidos. A faculdade de dar início ao processo era privativa da parte, como ainda é contemporaneamente, mas também era privativa qualquer possibilidade de determinar a pretensão, a resistência e o andamento do processo. Em contrapartida, havia o dever de abstenção para o juiz de praticar

¹ Apesar de os autores estudados abordarem o reflexo das ideias políticas nos ordenamentos jurídicos de maneira generalista, observa-se que eles referem-se somente aos ordenamentos jurídicos ocidentais, principalmente aos diplomas legais europeus e os latino-americanos, profundamente influenciados pelos europeus.

qualquer ato, de ofício, que impedisse ou extinguisse os direitos de uma das partes. Assim, o magistrado não poderia sequer analisar os pressupostos processuais ou avançar nas fases do processo, senão por iniciativa das partes. Mas a limitação à atuação judicial mais relevante para o tema abordado era o monopólio da iniciativa probatória para as partes, sendo o juiz, em alguns ordenamentos, impedido de realizar qualquer impulso de ofício para a produção de provas (AROCA, 2006, p. 305).

Inaugurado pelo código de processo prussiano em 1895, identifica-se um afloramento do que se chamou de publicismo no processo civil durante o século XX, resultando no rebaixamento da iniciativa das partes para segundo plano e no protagonismo judicial (GRECO, 2008), encerrando a ideia das partes como donas do processo (AROCA, 2006, p. 306). O processo deixa de ser concebido como instrumento de realização de direitos individuais das partes e passa objetivar a concretização de interesses públicos, como a resolução de conflitos, educação social e promoção da igualdade. A jurisdição, então, tornava-se o exercício do poder estatal, realizando escopos políticos, primeiramente, e somente em segundo plano estavam os interesses das partes (CABRAL, 2016). Esse autoritarismo judicial, que concede ao juiz diversas faculdades *ex officio*, principalmente no impulso oficial em matéria probatória, na busca de uma verdade real, coloca-se, em geral, como produto de regimes autoritários e fascistas do século XX (GRECO, 2008), sendo chamado de um excesso publicista ou hiperpublicismo. Tal pensamento ainda é vigente na doutrina processual brasileira, que elenca como escopo magno da tutela jurisdicional a pacificação social e relega para segundo plano até mesmo a defesa de direitos fundamentais (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2014 p. 29).

Com o marco de reconstitucionalização pós-guerra na Europa e a consequente centralidade jurídica dos direitos fundamentais, busca-se combater o autoritarismo judicial, retomando a ideia do processo como meio apto a realizar direitos subjetivos e não objetivos. Essa reconstrução processual tem por base as garantias processuais que compõem o devido processo legal, como a retomada do princípio dispositivo em detrimento do inquisitório e a garantia do juiz natural. No entanto, vem acompanhada do protagonismo da autonomia privada no processo civil, já debatido na segunda metade do século XX na Europa Ocidental (CABRAL, 2016). A autonomia privada coloca-se como fundamento da *Ley de Enjuiciamiento Civil*,

promulgada na Espanha em 2000 (AROCHA, 2006), que evidencia o retorno da ideologia privatista aos ordenamentos jurídicos no século XXI.

Essa retomada privatista tem, para alguns, como ideia-força a máxima *in dubio pro libertate*, que aplica a tese da vinculação negativa à lei, típica das relações privadas, ao processo civil (CABRAL, 2016). Ou seja, aquilo que não é proibido, é permitido. Assim, apesar de o processo continuar sendo ditado por normas cogentes de direito público, o vazio normativo poderia ser preenchido pela autonomia privada. A ideia privatista encontra-se amplamente albergada no artigo 190 do Código de Processo Civil de 2015. Isso porque, apesar de existirem previsões específicas sobre convenções processuais no Código de Processo Civil 1973, o referido dispositivo inclui uma cláusula geral para essas convenções, permitindo a realização de acordos atípicos sobre as mais diversas matérias processuais, v.g. ônus, faculdades, poderes e deveres. Ocorre, ainda, a restrição das possibilidades de controle de tal convenção, podendo o juiz aferir, pela redação do artigo 190, somente as nulidades² e a vulnerabilidade de uma das partes, além do requisito de que o direito material em litígio permita a autocomposição. No entanto, mesmo que o objeto da ação permita autocomposição, há que ressaltar que existem direitos processuais que são elencados como direitos fundamentais, como o direito de produzir provas.

O direito à prova coloca-se como elemento indispensável para a realização de direitos fundamentais expressamente positivados na CFRB, como o direito da tutela jurisdicional justa, o direito do devido processo legal, o direito da ampla defesa e, principalmente, o direito ao contraditório³. A condição *sine qua non* do direito à prova para a realização de outros direitos fundamentais concede a ele também o caráter de fundamental, através de uma interpretação extensiva, permitida pela não-tipicidade dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico pátrio (CAMBI, 2000).

A natureza principiológica dos direitos fundamentais permitem a sua restrição pelos limites implícitos, assim como pela colisão com outros princípios jurídicos(ALEXY, 2002), como o da tutela jurisdicional célere. Também não se trata

2 A abrangência do conceito de nulidade vai ser de grande importância na limitação do alcance das convenções processuais.

³ Nesse sentido: VASSALI, Giuliano. Il diritto alla prova nel processo penale. **Rivista italiana di diritto e procedura penale**, 1968, p. 12; TARUFFO, Michele. Il diritto alla prova nel processo civile, *op. cit.*, p. 75; COMOGLIO, Luigi Paolo. **La garanzia costituzionale dell'azione e il processo civile**. Padova: CEDAM, 1970, pp. 148 e ss..

de um direito indisponível, por ser um direito subjetivo. Assim, a parte pode se abster de produzir provas, arcando com as consequências jurídicas, caso o ônus caiba a ela.

No entanto, mesmo sendo frequentes as situações em que a parte dispor seu direito à prova, deve-se questionar a possibilidade da restrição desse direito fundamental de maneira prévia e por meio da autonomia privada, como disposto no artigo 190 do CPC. Ou seja, é possível haver convenções processuais que excluam, previamente, a admissibilidade de determinado(s) tipo(s) de prova(s)? Caso realizada tal convenção, estaria a parte impedida de produzir tal espécie posteriormente no processo, mesmo que se trate de um fato essencial para a realização da tutela jurisdicional? E ainda, estaria o juiz impedido de determinar a produção da prova excluída na convenção por meio do impulso oficial?

O trabalho a ser desenvolvido visa responder os questionamentos levantados e, assim, contribuir para a delimitação do regime das convenções processuais probatórias discorrendo sobre a profundidade da autonomia das partes e o papel do juiz no processo civil e sobre e as possibilidades do controle judicial da convenção processual.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. edição. São Paulo: Malheiros, 2002.

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. **A Contratualização do Processo: das convenções processuais no Processo Civil**. São Paulo: LTr, 2015.

AROCA, Juan Montero. **Proceso Civil y Ideologia: un prefácio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos**. Valencia: Tirantto Blanch, 2006.

CABRAL, Antônio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016.

CAMBI, Eduardo. O Direito à Prova no Processo Civil. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. vol. 34, 2000. p.143 - 159

GODINHO, Robson Renault. A possibilidade de negócios jurídicos processuais atípicos em matéria probatória *in* CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Negócios Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2015.

_____. Reflexões sobre os poderes instrutórios do juiz. *in* DIDIER JR. Fredie. **Coleção Novo CPC: Provas**. 2. ed. Salvador: Jurispodivm, 2016.

_____. Negócios Processuais sobre o Ônus da Prova no Novo Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil. **Revista de Processo**. n. 164. out./2008.

31. ACESSO PARA QUEM? DEMANDAS NO JUDICIÁRIO SEM A PRESENÇA DE ADVOGADO

Clarissa Diniz Guedes

Henrique Sabino de Oliveira

Lays Gomes Martins

Palavras-chave: Juizados Especiais. Acesso à justiça. Efetividade.

Constantemente, ações são distribuídas nos Juizados Especiais Cíveis sem a assistência técnica de um advogado ou defensor público, tendo em vista que o artigo 9º da Lei 9.099/95 permite tal propositura, desde que a causa não ultrapasse o valor de vinte salários mínimos. O intuito desse trabalho consiste em questionar se o dispositivo mencionado concretiza o acesso à justiça constitucionalmente garantido (artigo 5º, inciso XXXV, Constituição Federal de 1988) ou se acaba por obstruí-lo.

Para melhor discorrer acerca desse assunto, adota-se como marco teórico a teoria do acesso à justiça de Mauro Cappelletti e Bryant Garth. Esses autores discorrem que a transformação do conceito de acesso à justiça está intrinsecamente ligada à mudança no estudo da processualística civil. Desse modo, eles retomam a compreensão dos direitos humanos no decorrer das transformações nas sociedades, cada vez maiores e mais complexas. Houve uma aproximação do reconhecimento dos direitos e deveres sociais dos governos, comunidades e associações. Logo, a forma pela qual os direitos se efetivam necessita também do estudo de técnicas processuais existentes, cuja atribuição consiste em servir às funções sociais.

No que tange às causas de menor valor, há o intuito de realizar o acesso à justiça adaptando o processo à realidade do conflito e isso os autores mencionados classificam como “novo enfoque à justiça”. Cappelletti e Garth salientam que especificidades podem distinguir litígios e que, conforme a situação, diversos impedimentos podem ser mais evidentes. Ressaltam que o conflito se diferencia por sua complexidade e que algumas causas exigem soluções rápidas, enquanto outros necessitam de longas discussões.

A propositura da ação pela parte exige que o Estado tenha uma postura positiva no sentido de promover formas materiais e instrumentos processuais que garantam a prestação jurisdicional, de modo a obterem a devida apreciação do direito pretendido. Nessa toada, Cappelletti e Garth relatam que os empecilhos criados pelo sistema jurídico afetam em contingente maior as pequenas causas e os autores individuais. Além disso, ressaltam que a vontade política de mobilizar pessoas para efetivarem seus direitos gera a transposição desses obstáculos que, no entanto, não podem ser extintos de modo isolado, considerando serem inter-relacionados. A busca por solução de um problema específico ignorando outros pode causar sérios danos.

Nessa toada, torna-se válido destacar que a prática da advocacia consiste em uma atividade meio, o que elimina a promessa de resultado. Contudo, cabe ao advogado informar ao seu cliente quais são os riscos a serem enfrentados em uma demanda judicial. Nisso, torna-se verificável que a utilização do *jus postulandi* não é algo que transpõe barreiras do acesso à justiça, mas que chega inclusive a agravá-las, considerando que há um privilégio do acesso formal em detrimento do material.

Vale ressaltar que o *jus postulandi* atua como um instrumento eficaz para garantir vazão à litigiosidade que integra o âmbito dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais, uma vez que, inegavelmente, com o surgimento destes e a edição de seu artigo 9º, os indivíduos passaram a pleitear mais aqueles seus direitos relacionados a causas aparentemente mais simples e também aquelas nas quais o valor econômico é reduzido. Sendo assim, o *jus postulandi* nos Juizados Especiais Cíveis possibilitou que um enorme contingente de pessoas conseguisse submeter seus litígios à apreciação e solução pelo Poder Judiciário, o que se comprova através do grande número de processos que se acumulam nesses órgãos.

Ocorre que os Juizados Especiais Estaduais Cíveis, na prática, não são sistemas ágeis e simplificados de distribuição da Justiça e que, apesar de cuidarem das causas do cotidiano, nem sempre irão facilitar a aproximação da Justiça ao cidadão comum, de forma a combater o clima de marginalização do acesso ao Judiciário.

Infelizmente, o *jus postulandi* é tido como a única e definitiva solução para se que se rompa com as limitações do acesso à Justiça, como se anos de descaso e marginalização pudessem ser superados apenas com o direito de postular. Não basta

apenas conferir à população a possibilidade de acesso meramente físico ao ambiente do Judiciário. Visar à facilitação do acesso à justiça é, sim, fornecer os meios concretos para que os indivíduos alcancem a prestação jurídica justa.

Diante das proposições elencadas, torna-se possível chegar a uma conclusão acerca da possibilidade de revogação do *jus postulandi*. Para isso, propõe-se a realização de uma pesquisa empírica, na qual serão coletados dados concretos a respeito dos resultados obtidos com as demandas ajuizadas com e sem a assistência técnica de um profissional juridicamente habilitado para tanto.

O autor Álvaro Pires relata que uma pesquisa quantitativa se configura por sua flexibilidade ao adaptar-se em seu desenvolvimento; por seu potencial em ocupar elementos complexos, dentre eles as instituições sociais; por conseguir englobar dados e combiná-los das mais variadas formas de coletas; por relatar fatores relevantes da vida social no que concerne a cultura e a experiência vivida (PIRES, 2010). Pela liberdade de deslocamento que o pesquisador possui, há a possibilidade de adaptar técnicas a serem utilizadas, para obter o melhor resultado na pesquisa.

Para que o indivíduo seja reconhecido como sujeito processual, é necessário que ele tenha a capacidade de compreender o trâmite processual e que tenha o potencial de influenciar no convencimento do magistrado. A partir do momento em que não há habilidades técnicas para atuar, a parte torna-se mera expectadora do processo, não cumprindo os requisitos exigidos pelo devido processo legal. Finalmente, retomando os dizeres de Cappelletti e Garth, "o acesso formal, mas não efetivo à justiça, corresponde à igualdade apenas formal, mas não efetiva".

32.A GARANTIA DO JUÍZO NOS EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL: A LEF FRENTE A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO

Márcio Carvalho Faria

Bárbara Meirelles Souza

Palavras-chave: embargos; execução fiscal; hipossuficiente; neoconstitucionalismo; neoprocessualismo.

A execução fiscal é uma ação judicial mediante a qual a Fazenda Pública e suas autarquias cobram os seus créditos, tributários ou não, desde que inscritos como dívida ativa. Diante das peculiaridades da Fazenda enquanto exequente, essa execução é regida por um procedimento especial previsto na Lei 6.830/1980, a Lei de Execução Fiscal (LEF), aplicando-se, subsidiariamente, as disposições do Código de Processo Civil (CPC/15).

Quando aprovada, a LEF foi considerada uma legislação vanguardista, cujo propósito era o de alcançar um processo executivo mais célere e eficaz, e, por conseguinte, de aumentar a satisfação dos créditos públicos. Contudo, passados cerca de 40 anos desde a sua aprovação, discute-se se a LEF ainda pode ser vista como uma legislação pioneira, ou, ao menos, como uma legislação compatível com o ordenamento jurídico brasileiro contemporâneo (ANDRADE, 2015). Para tanto, faz-se necessária uma digressão histórica a fim de compreender o cenário jurídico atual.

Ao final do século XIX, passou a existir uma necessidade cada vez maior de superação da concepção jusnaturalista do direito, considerada como metafísica e anticientífica. Essa superação se deu por meio da corrente positivista (BARROSO, 2006), que buscou aproximar as ciências jurídicas da objetividade das ciências exatas e naturais. Havia, assim, o paradigma da validade meramente formal do direito, ou seja, a lei era legítima, desde que observado o procedimento legislativo. Ao juiz era destinado o papel de mero aplicador do texto legal.

Contudo, essa corrente entrou em declínio ao final da Segunda Guerra Mundial, pois o positivismo jurídico estava simbioticamente ligado aos regimes nazistas e fascista, que cometeram barbáries sob o crivo da legalidade (BARROSO, 2006). Dessa forma, na metade do século XX, a humanidade vivenciou uma crise, e o caminho encontrado para superá-la foi através de um novo direito constitucional. Em decorrência disso é que Luís Roberto Barroso (2006, p.3) afirma que o final da Segunda Guerra Mundial configura-se como marco histórico para esse neoconstitucionalismo. O marco filosófico, por outro lado, foi a criação de um novo positivismo jurídico, chamado de neopositivismo ou pós-positivismo. A constituição já não era mais vista como um instrumento político, e passou a ter força normativa, vinculando o direito como um todo. Houve a superação do legalismo, o que refletiu em uma nova compreensão do direito, calcada na Constituição. Esse processo, que teve como ponto de partida a Alemanha Ocidental, estendeu-se ao longo da segunda metade do século XX. No Brasil, ele surgiu apenas na década de 1980 com a redemocratização do país e consolidou-se com a promulgação da Constituição Federal de 1988.

É esse o cenário jurídico brasileiro contemporâneo, e é nele que a Lei 6.830/80 está inserida atualmente. Conforme já mencionado, a LEF foi pensada com a finalidade de alcançar uma execução mais eficaz. Para isso, foram instituídas diversas prerrogativas à Fazenda Pública. Todavia, apesar de ser regulada através de uma lei especial, a execução fiscal nada mais é que uma execução de título extrajudicial. Assim, quando o Fisco busca o Judiciário, não há a intenção de que o juiz reconheça a existência de determinado direito de crédito. O que se pretende, na verdade, é que o Judiciário movimente-se a fim de compelir o executado a satisfazer um débito já reconhecido.

Dentre as diversas prerrogativas conferidas ao Fisco, uma delas merece destaque. Na execução fiscal, a Fazenda Pública pode promover a constituição unilateral do título executivo e conferir a ele certeza e liquidez, desde que o inscreva em dívida ativa. Trata-se do art. 3º, da LEF e do art. 204, do Código Tributário Nacional (CTN).

Essa presunção de certeza e liquidez, porém, é relativa. Isso significa que o executado pode afastá-la por prova inequívoca, desde que o faça em um processo autônomo. É por meio dos embargos à execução fiscal que a LEF confere ao

executado a prerrogativa de se defender. Contudo, apesar de os embargos terem um papel fundamental para assegurar o direito ao contraditório e a ampla defesa, há condições para a sua admissibilidade. O art. 16, §1º, da LEF, determina que não serão admitidos os embargos que tenham sido oferecidos sem a garantia do juízo. É importante mencionar que no procedimento comum, a garantia do juízo deixou de ser condição de admissibilidade dos embargos desde 2006, com a Lei 11.382, que alterou a redação do art. 736, do CPC/1973. Este, contudo, não se aplicaria na execução fiscal tendo em vista a máxima da Teoria Geral do Direito em que lei especial derroga lei geral, ou seja, a LEF deve ser observada antes do CPC (FERNANDES, 2016).

A questão então que se coloca é: diante desse novo direito constitucional, em que a Constituição tem poder vinculante sobre as demais normas, e, considerando o art. 5º, inciso LV, da Carta Magna, que prevê os princípios do contraditório e da ampla defesa, é possível atestar a constitucionalidade do art. 16, §1º, da LEF?

Apesar de a Constituição de 1988 ter, por si só, uma força normativa vinculante, foi necessária a criação de mecanismos efetivos de controle da Carta. Eduardo Cambi (2011, p. 37) ensina que esses mecanismos se deram por meio de aperfeiçoamentos, como o do estudo concreto dos institutos processuais, a partir da Constituição. Inaugura-se, a partir disso, uma nova disciplina denominada de Direito Processual Constitucional (neoprocessualismo) que visa à tutela constitucional do processo, na qual se inclui o direito de ação e de defesa e as garantias do devido processo legal, bem como a tutela da jurisdição constitucional.

Isso tudo foi reforçado com a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil (CPC/2015), que inaugura uma nova lógica processual. O processo passa a seguir um modelo cooperativo, em que os sujeitos da lide influenciam efetivamente na tomada de decisão. Diante dessa nova lógica processual, torna-se cada vez mais difícil resolver o dilema de incompatibilidade entre a LEF, o CPC/15 e o ordenamento jurídico como um todo, através do chavão de que lei especial derroga lei geral. Isso porque há um conflito valorativo. Há dois modelos de processos distintos, um fundado no modelo inquisitorial, em que o juiz é o protagonista, e o outro em um modelo constitucional de processo, em que as partes participam de forma ativa a fim de alcançarem uma solução do conflito de forma mais justa possível.

Segundo Eduardo Cambi, o momento atual exige um novo raciocínio jurídico. Assim, não é suficiente argumentar com a autoridade que emana da LEF ou com a observância formal do procedimento legal, tal como ocorria no modelo positivista. É imprescindível examinar e valorar os conteúdos substanciais que suportam as normas jurídicas. Afirmar pura e simplesmente que o art. 16, §1º, da LEF, deve ser aplicado por tratar-se de uma norma especial, desconsiderando o restante do ordenamento e principalmente a Constituição, é ignorar todo o avanço conquistado pelas ciências jurídicas e retornar ao legalismo extremado da primeira metade do século XX, em evidente retrocesso.

Não se justifica permitir que a Fazenda tenha prerrogativas a fim de satisfazer seus créditos que, em contrapartida, fulminam os direitos individuais do executado, como seu direito de defesa. De igual forma, não basta alegar a legitimidade da exigência da garantia do juízo para a propositura dos embargos, por se tratar de uma prerrogativa do Fisco que decorre da supremacia do interesse público sobre o particular. Ainda que de fato haja tal supremacia, é evidente que esta deve ser ponderada e não pode ser utilizada como ferramenta de supressão de direitos básicos do indivíduo.

O cenário para a defesa do cidadão hipossuficiente, contudo, não é de todo o mais desfavorável. O Superior Tribunal de Justiça (STJ) editou a súmula 393 que admite a exceção de pré-executividade no curso da execução fiscal, desde que verse sobre matérias que não demandem dilação probatória. Não obstante, é inegável que o direito de defesa daquele que não ofereceu a garantia não atinge a mesma plenitude se comparado com aquele que garantiu o juízo, uma vez que não dispõem dos mesmos recursos processuais.

Na doutrina, a discussão acerca da inconstitucionalidade do art. 16, §1º, da LEF, ganha cada vez mais relevo. O mesmo ocorre na jurisprudência, ainda que de forma gradual. Destarte, o processo de percepção da força normativa da Constituição é cultural, e ganha espaço no ordenamento na medida em que há um amadurecimento do próprio Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Gustavo Bezerra Muniz de. **Evolução histórica da execução fiscal no ordenamento jurídico brasileiro**. Conteudo Juridico, Brasília-DF: 07 dez. 2015. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.54865&seo=1>>. Acesso em: 08 nov. 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf> Acesso em: 05/10/2016.

BRITO MACHADO, Hugo de. **Curso de Direito Tributário**. 36ª ed., São Paulo: Malheiros, 2015.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Teoria do Processo e Teoria dos Direitos**. Disponível em: <https://www.academia.edu/225914/Teoria_do_Processo_e_Teoria_dos_Direitos> Acesso em: 09/08/2016.

FERNANDES, Bianca Stanato. Notas Sobre o Impacto do Novo CPC no Processo de Execução Fiscal. In: DUARTE, Fernanda (org.). **A LEF e o Novo CPC: Reflexões e Tendências. O que ficou e o que mudará**. 1ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

GRECO, Leonardo. **Garantias Fundamentais do Processo: O Processo Justo**. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15708-15709-1-PB.pdf>> Acesso em 04/10/2016.

HASSE, Djonatan. **Garantia constitucional do acesso à justiça e a efetividade da tutela jurisdicional**. Disponível em: <<http://djonatanh01.jusbrasil.com.br/artigos/111943370/garantia-constitucional-do-acesso-a-justica-e-a-efetividade-da-tutela-jurisdicional>> Acesso em: 09/08/2016.

LOURENÇO, Haroldo. **O Neoprocessualismo, o Formalismo-Valorativo e Suas Influências no Novo CPC**. Disponível em: <www.agu.gov.br/page/download/index/id/11458405> Acesso em: 03/10/2016.

33.O IMPEDIMENTO E A SUSPEIÇÃO NO CPC/15 – A SITUAÇÃO DOS ESTAGIÁRIOS E ASSESSORES DO JUÍZO

Márcio Carvalho Faria¹

Gevalmir Faciroli Carneiro²

Mariana Silva Souza Pinto³

Somos juristas que discutem e interpretamos Direito. Os frutos desses diálogos influem na formação acadêmica, e na atividade profissional de cada um. Sendo assim, a individualidade do jurista nada mais é que a reflexão crítica que ele faz sobre tudo que aquilo que lê e ouve. A Teoria dos Jogos, tese oriunda da economia, parte da premissa de que os indivíduos têm interesses diversos, mas que o comportamento de um indivíduo sempre afeta o do outro. Como exemplo, veja-se a lei da oferta e da demanda, que demonstra que quando a oferta de determinado produto no mercado é alta e a demanda é baixa, o preço tende a cair, contudo, quando a demanda aumenta, o preço tende a subir.

Partindo da mesma premissa, podemos inferir que assim como o comportamento do consumidor influi no comportamento do fornecedor, nosso comportamento profissional influencia a postura de nossos colegas de trabalho. E como parte da comunidade jurídica, não podemos ignorar o fato de que o conhecimento jurídico é construído de forma coletiva, acabando por refletir nos interesses individuais daqueles que discutem e interpretam fatos e normas.

Por conseguinte, preocupando-se com as consequências que esse interesse individual traz para a interpretação dos fatos e normas, o Direito Processual desenvolveu os institutos do impedimento e da suspeição que permitem garantir que a influência desses interesses seja mitigada, e não entre em conflito ou se coadune

¹Doutor e Mestre em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ); Pós-graduado lato sensu em Direito Público pela Faculdade Newton Paiva/MG; Graduado em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF).

² Graduando na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora.

³ Graduanda na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora.

com interesses pessoais do julgador, indivíduo que consideramos como o principal intérprete dos fatos e do direito.

A imparcialidade, característica ligada ao juiz natural e coligada ao princípio da isonomia, é também considerada pressuposto processual de validade, e visa garantir que as partes gozarão do devido processo legal, que aqui é entendido como meta-princípio, englobando a igualdade, contraditório, ampla defesa, duração razoável, dentre outros. Por óbvio, o juiz parcial pode prejudicar todos esses aspectos inerentes ao direito constitucionalmente garantido ao devido processo legal.

Como instrumento capaz de concretizar a imparcialidade, a lei processual propõe o impedimento e a suspeição. O impedimento, vício mais grave de parcialidade, sendo sua alegação inclusive capaz de romper com a coisa julgada, deriva de uma presunção absoluta de que o magistrado irá sobrepor interesses individuais sobre os interesses das partes, seja porque naquele processo ele já foi parte ou mandatário desta; seja porque já atuou como membro do Ministério Público que oficiou nos autos; ou até mesmo porque foi, ou seja, sócio administrador da pessoa jurídica que figura como parte; sendo essas hipóteses exemplificativas das previstas no art. 144 do CPC/15.

Já a suspeição, vício menos grave de parcialidade, sendo inclusive sua alegação preclusiva, parte da premissa de que o julgador é imparcial, exceto que se prove que o mesmo é suspeito, são os casos do magistrado que é amigo íntimo da parte ou de seu procurador; seja o juiz já recebeu algum mimo da parte, ou possa ter qualquer interesse em relação ao resultado daquela demanda; situações previstas de forma exemplificativa no art. 145 do CPC/15.

Não obstante, a inteligência da própria lei pressupõe que a imparcialidade não é dever só do magistrado, mas também de todos os sujeitos do processo, o que foi uma inovação incluída pelo art. 148, III, do CPC/15.

Importa a ressalva de que a imparcialidade tratada aqui não se confunde com a neutralidade, afinal a segunda não existe, e nem pode ser exigível, na medida em que e que a vivência e a experiência de cada humano são individuais. A imparcialidade aqui defendida visa a evitar que os interesses individuais do juiz, ou de partes que exerçam maiores influências sobre o mesmo, ou tomem decisões individuais no processo, prejudique o direito de uma parte ao processo justo, que aqui

é entendido como o processo que preserva todas as garantias constitucionais ao jurisdicionado.

O Novo CPC traz como novidade a ampliação irrestrita do rol de sujeitos aos quais se aplicam o impedimento e a suspeição, e consideramos que isso se deve a crescente atribuição de tarefas à equipe do juiz, que conta com a colaboração de um número cada vez maior de estagiários e assessores.

Ocorre que a colaboração da equipe do magistrado nas tarefas inerentes ao trabalho do juiz, apesar de notória, não é pública, o que pode fazer com que a efetividade teoricamente propiciada, pela nova lei, saia como um tiro pela culatra. Afinal, hoje um estudante estagia num escritório, amanhã em outro, noutro dia na defensoria, até que vai para um gabinete, bem como o assessor já foi um estagiário de um escritório, ou até mesmo já foi sócio ou advogado, e hoje se encontra no gabinete do juízo.

A situação não é pública, pois salvo raras exceções, não existe divulgação, nem mesmo registro dos atos desses indivíduos no processo, o que se dá pela precariedade dos atos administrativos durante a contratação e a delegação de tarefas à equipe. Além disso, nada adianta a positivação da regra que permite arguir a suspeição e o impedimento de todos os sujeitos imparciais do processo se não é facultado à parte o acesso à identidade de todos os sujeitos dos quais se exige a imparcialidade.

Para sanar esse problema, não é necessário alterar a lei, nem mesmo que sejam criadas portarias ou resoluções dos tribunais, mas tão somente que os magistrados atuem de maneira cooperativa com as partes, para concretizar o acesso às identidades dos sujeitos que lidam diretamente com o processo, o que já é garantia fundamental da parte por meio do processo civil constitucional, e do devido processo legal, estampados no inciso XXXIII do artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

Ressalte-se, ainda, que o Poder Judiciário é componente da administração pública que deve obedecer ao princípio da Publicidade (art. 37, *caput* CF/88). Ademais, a atuação dos estagiários do juiz e dos assessores também faz parte do julgamento do processo, o qual deve ser público, conforme dispõe o inciso IX, art. 93, CF/88.

A publicidade dos sujeitos atuantes no processo pode se dar, por exemplo, através de listas disponibilizadas nas secretarias ou cartórios, contendo os nomes daqueles compõem a equipe do juiz; por meio da assinatura da equipe, juntamente com o juiz nos atos decisórios nos quais trabalharam; ou até mesmo pela divulgação online nos sites dos tribunais. Vale ressaltar que também se considera aceitável qualquer outra medida, ou conjunto de medidas, que torne pública a identidade dos assessores e estagiários, propiciando à parte, questionar sua imparcialidade.

Por fim, o que se propõe é tão somente que seja concretizado o dever do órgão julgador de tornar público quais são os sujeitos ocultos aos olhos da parte, mas que participam da formulação da decisão que será prolatada.

34. OS PRECEDENTES E O NOVO CPC

Mônica Barbosa dos Santos¹

Gevalmir Farcioli Carneiro

Pâmela Victória Ferreira Faria²

Palavras-chave: Precedentes, segurança jurídica, *overruling*, Novo CPC.

Os precedentes possuem maior força nos sistemas do Common Law. No sistema jurídico brasileiro, baseado no Civil Law, os precedentes eram menos valorizados e não havia regulamentação no CPC/73 acerca de sua construção e aplicação.

No entanto, os precedentes se apresentam como importante mecanismo de atualização do Direito, uma vez que se adaptam leis anteriores à realidade atual por meio da construção de uma interpretação inovadora, sem contudo estagnar a interpretação legal, já que o precedente pode ser superado pelo o que a doutrina denomina *overruling*.

A superação de um precedente pode se dar, de maneira difusa ou concentrada. O *overruling* realizado difusamente pode ocorrer em qualquer processo que, chegando ao tribunal, permita a superação do precedente, ele é regra no *Common law*, e traz a grande vantagem de permitir que qualquer pessoa possa contribuir para a revisão de precedente. No Brasil, porém, o *overruling* pode dar-se de modo concentrado, que ocorre quando se instaura um procedimento autônomo, cujo objetivo é a revisão do precedente.

No Brasil o único precedente com força normativa era Súmula Vinculante³ do STF, que na prática, adquire força de lei, criando um vínculo jurídico e possuindo

¹ Professora adjunta da Faculdade de Direito da UFJF.

² Graduandos em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora.

³ Jurisprudência que, quando votada e aprovada pelo Supremo Tribunal Federal, por pelo menos 2/3 do plenário, se torna um entendimento obrigatório ao qual todos os outros tribunais e juízes, bem como a Administração Pública, Direta e Indireta, terão que seguir.

efeito *erga omnes*⁴. Contudo, o Novo Código de Processo Civil que entrou em vigor no dia 18 de março de 2016 atribuiu caráter vinculante a outros precedentes, como súmulas do STJ e decisões tomadas pelo órgão pleno dos tribunais, é o que preleciona o artigo 927 do CPC.

Em regra, os precedentes são construídos devido às partes⁵, à matéria⁶ ou aos argumentos⁷ expostos no caso. Enfim, diante de tais parâmetros, pode ser que a decisão que em tese faria lei perante as partes e só atingiria aquelas, expanda seus limites e atinja a coletividade.

A maior valorização dos precedentes pelo CPC/15, além de uniformizar a jurisprudência, também pode atuar indiretamente como política pública de redução de litígios, uma vez que grande parte das demandas do judiciário brasileiro são repetitivas, tanto em razão das partes, quanto em razão da matéria.

Ademais, o sistema de precedentes vinculativos possibilita a segurança jurídica seja contemplada de forma mais plena, uma vez que casos semelhantes serão julgados de maneiras semelhantes. Um exemplo ilustrativo é a súmula 385 do STJ.

No entanto, para implementar o sistema de precedentes no Brasil é necessário os mesmos tragam com clareza a base fática, bem como o resultado jurídico, porque desse modo o jurista poderá analisar se o caso amolda-se naquele precedente, sem a criação de uma nova controvérsia. Portanto, nossos julgadores ao formularem enunciados deverão expor detalhes, que não ocorre atualmente, pois, não consta junto às súmulas as especificidades do caso concreto, que deu origem a edição das mesmas. Como exemplo temos a Súmula Vinculante 1 - Ofende a garantia constitucional do ato jurídico perfeito a decisão que, sem ponderar as circunstâncias do caso concreto, desconsidera a validade e a eficácia de acordo constante de termo de adesão instituído pela Lei Complementar nº 110/2001.

⁴ Tal força normativa vinculante foi determinada através da emenda Constitucional nº 45, adicionou o artigo 103-A a CRFB/88.

⁵ Litigantes habituais, ou com impacto direto sobre o orçamento público, vide a recente decisão acerca da ação de desaposentação movida em face do INSS.

⁶ Matéria que pode ter interpretação controvertida, tal como a recente discussão acerca da incidência de ITCD ou ICMS sobre as transações realizadas em plataformas de crowdfunding.

⁷ Muitas vezes, a inovação de argumentos e teses é responsável pela superação do precedente, e pela criação de um novo precedente.

Sem dúvidas, um dos grandes desafios da adoção do sistema de precedentes será a recepção dos precedentes já existentes (súmulas vinculantes), tendo em vista que estas não apresentam de forma clara a base fática do caso, bem como o resultado jurídico, que ensejou sua elaboração, portanto, seguindo a lógica de aplicação da Teoria dos Precedentes, as súmulas vigentes se fazem ineficazes em face de aludido mecanismo.

35. DA (IN)APLICABILIDADE DA CLÁUSULA GERAL DE NEGOCIAÇÃO PROCESSUAL AO PROCESSO DO TRABALHO

Flávio Bellini de Oliveira Salles

Fernanda Ribeiro Araújo

Palavras-chave: processo do trabalho; Novo Código de Processo Civil; cláusula geral de negociação processual atípica.

O advento do Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) instaurou um novo momento da ciência processual brasileira, o que ocasionou uma decisiva mudança de perspectiva, tanto do rito processual, quanto dos papéis das partes e do juiz. A essência do processo civil passou a basear-se na flexibilidade procedimental e no protagonismo das partes na condução do processo, com o intuito de introduzir maior simplicidade e celeridade ao procedimento. Entre os motivos que fomentaram tais reformas, destaca-se a necessidade de neutralizar a forte carga publicista outrora vigente no processo civil e otimizar a prestação jurisdicional, em consequência da morosidade do Judiciário.

Decerto que o impacto da instituição do novo código repercutiu em todas as esferas do ordenamento jurídico. No entanto, em relação ao processo trabalhista, tais mudanças produziram efeitos ainda mais significativos, pois, em razão das patentes lacunas normativas existentes na legislação processual trabalhista, é necessário recorrer constantemente ao sistema processual comum. No entanto, o artigo 15 do novel diploma legal foi além e dispôs que, “na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente”. Dessa forma, as normas processuais civis passaram a ser aplicadas não apenas diante de omissões do diploma trabalhista, mas também supletivamente, o que gerou um cenário de grande preocupação em torno da integração entre os diplomas processuais, principalmente em razão da proporção das inovações introduzidas e do potencial abalo que poderão causar na sistemática processual trabalhista.

Nesse panorama, a doutrina passou a debater a revogação ou não do artigo 769 da CLT, questionando a persistência do critério de compatibilidade das normas processuais civis com o arcabouço principiológico trabalhista, para que possam ser transportadas para o processo laboral. Dessa controvérsia, surge a indagação acerca da própria manutenção da autonomia da ciência processual do trabalho, em face da aplicação supletiva do processo civil.

Diante dessa conjuntura, acirraram-se as polêmicas acerca dos avanços e retrocessos do novo código e os seus reflexos no processo trabalhista, mormente na tentativa de manter a harmonia e a coerência do sistema. Seguindo esse caminho, o presente estudo propõe-se a realizar um esforço interpretativo, para analisar a aplicabilidade ou não, ao processo do trabalho, da cláusula geral de negociação atípica prevista pelo artigo 190 do Código de Processo Civil. Esse dispositivo introduziu no ordenamento um permissivo geral para que as partes convençam sobre atos e termos processuais, modificando a própria estrutura do procedimento, em evidente prestígio ao autorregramento da vontade das partes. Tal inovação, introduzida pelo código de 2015, mostrou-se um dos temas mais complexos e obscuros, uma vez que alterou drasticamente a perspectiva do processo.

Como marco teórico, adota-se o princípio da adequação processual como balizador da heterointegração entre as normas processuais, de modo a manter a harmonia teleológica do sistema normativo trabalhista. Desta forma, defende-se a necessidade de manutenção do critério da compatibilidade quando da invocação subsidiária e supletiva das regras de processo civil, com o fito de manter a adequação do instrumento ao bem jurídico objeto da demanda, propiciando o atendimento dos fins sociais a que se destina. A importância do princípio da adequação do processo justifica-se na necessidade de conceber maior efetividade ao Direito Processual, para que não se constitua em uma ordenação de atos desprovidos de eficácia na tutela de direitos.

Assim, a investigação mostra-se relevante, na medida em que a aplicação dos preceitos do processo civil ao processo do trabalho deve ser precedida de uma detida análise de compatibilidade e adequação, sobretudo neste momento de início de vigência do Novo Código de Processo Civil, pautada pela incerteza jurídica. Desse modo, o objetivo geral da pesquisa busca examinar a compatibilidade da cláusula geral de negociação atípica com o processo trabalhista. Para tanto, os objetivos

específicos consistem em investigar as principais características do artigo 190 do Código de Processo Civil, bem como suas hipóteses de cabimento e requisitos de validade; identificar os princípios norteadores do processo do trabalho e verificar a aplicabilidade prática do preceito processual civil à seara trabalhista.

No intuito de traçar uma diretriz interpretativa desse novo preceito processual, a metodologia empregada foi a análise bibliográfica de produções acadêmicas de estudiosos do Direito Processual Civil e do Direito Processual do Trabalho, obras doutrinárias especializadas e diplomas legais, a fim de verificar o estado da arte de tal temática.

Por fim, após acurada análise da cláusula geral de negociação atípica processual, examinada à luz dos princípios que regem o Direito Processual do Trabalho, mormente os princípios da proteção do trabalhador, adequação e efetividade social do processo, verificou-se que tal instituto processual não possui aplicabilidade ao processo trabalhista, sobretudo nas demandas individuais, uma vez que contraria a principiologia do processo do trabalho e coloca em risco a devida prestação jurisdicional e a tutela dos direitos fundamentais dos trabalhadores.

Bibliografia

DELGADO, Gabriela Neves; **DUTRA**, Renata Queiroz. A aplicação das convenções processuais do Novo CPC ao Processo do Trabalho na perspectiva dos direitos fundamentais. In: **MIESSA**, Élisson (Org.). O novo código de processo civil e seus reflexos no processo do trabalho. Salvador: JusPODIVM, 2015.

DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17 ed. Salvador: JusPODIVM, 2015.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de Direito Processual do Trabalho. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. Relação entre o Processo Civil e o Processo do Trabalho. In: **MIESSA**, Élisson (Org.). O novo código de processo civil e seus reflexos no processo do trabalho. Salvador: JusPODIVM, 2015.

36.O ARTIGO 489 DO NOVO CPC E A POLÊMICA ACERCA DA FUNDAMENTAÇÃO EXAURIENTE NO PROCESSO DO TRABALHO

Flávio Bellini de Oliveira Salles

Daniel Zagotta de Oliveira

Palavras-chave: Novo Código de Processo Civil – Aplicação subsidiária e supletiva – Processo do trabalho – Fundamentação da sentença – Compatibilidade.

Diante da previsão constante do artigo 769 da Consolidação das Leis do Trabalho c/c o artigo 15 do Novo CPC, no sentido de que, em caso de omissão daquela, é possível a aplicação subsidiária e supletiva, ao processo trabalhista, de institutos do direito processual comum, é necessário avaliar todas as mudanças trazidas pelo Novo CPC e seus possíveis impactos no processo do trabalho.

Como é cediço, a CLT estabelece como requisito para a aplicação subsidiária, além da lacuna legal, a compatibilidade do instituto a ser aplicado com os princípios que regem e direcionam o processo do trabalho, como o da proteção, o da simplicidade, o da celeridade e o da informalidade.

O artigo 489 do Novo CPC, ao estabelecer rol de situações em que qualquer decisão judicial será considerada como não fundamentada, buscando dar maior concretude à imposição constitucional de necessidade de fundamentação das decisões judiciais (prevista no artigo 93, IX, da CF), versa sobre tema não tratado pela legislação processual trabalhista. Diante da omissão legal, este estudo pretende avaliar se há compatibilidade entre o supracitado artigo do novel diploma processual e o processo do trabalho, a fim de determinar se poderá ou não ser aplicado no âmbito trabalhista.

A necessidade de uma prestação jurisdicional simplificada e célere advém do caráter instrumental do processo do trabalho, de reconhecimento e concretização dos direitos dos trabalhadores. Tendo em vista que os dissídios laborais tratam de temas como o vínculo empregatício, verbas alimentares e condições decentes de

trabalho, essenciais à dignidade dos trabalhadores, a resposta do Judiciário deve ser eficiente e rápida na resolução dos conflitos trabalhistas. Impõe-se, ainda, que seja reconhecido o abismo socioeconômico entre os litigantes, de forma a utilizar o processo do trabalho como meio de diminuição das desigualdades.

Tais características do processo do trabalho delineiam os parâmetros, o núcleo-duro a ser utilizado na análise de compatibilidade dos institutos do processo comum, quando da omissão da CLT, de maneira que seja mantida a eficiência do processo laboral. Embora se reconheça que o Direito Processual do Trabalho não se encontra isolado do restante do ordenamento jurídico brasileiro, não se pode falar em aplicação automática de qualquer preceito do processo civil, sob a justificativa da omissão. É condição necessária que haja consonância deste com os fins próprios do processo trabalhista, nem sempre os mesmos do processo comum.

Entre as hipóteses previstas no artigo 489, §1º, do Novo CPC, serão consideradas como não fundamentadas as decisões judiciais que se utilizarem de conceitos jurídicos indeterminados, que se limitarem a invocar súmula ou dispositivo legal sem sua devida contextualização com o caso concreto e até mesmo as que não enfrentarem todos os argumentos deduzidos pelas partes, capazes de influenciar no ato decisório. Trata-se de um verdadeiro “passo a passo” a ser seguido pelo julgador quando da elaboração da decisão judicial, que agora deve ser fundamentada de maneira exauriente (ou exaustiva), sob pena de nulidade.

Contudo, embora o objetivo do Novo CPC seja dar maior concretude à previsão constitucional de fundamentação das decisões judiciais e, conseqüentemente, ao devido processo legal e à ampla defesa, extenso é o rol de situações ali previstas que são rotineiras no processo do trabalho, de sorte que, caso seja aplicado a este o artigo 489, a prestação jurisdicional trabalhista tornar-se-á extremamente lenta e engessada.

Sustentar a não aplicação da fundamentação exauriente ao âmbito laboral, entretanto, não significa defender a falta de motivação, a utilização sem critérios de termos vagos ou conceitos indeterminados, sem qualquer relação com a situação fática, os pedidos das partes ou sem análise das questões relevantes ao processo. Cuida-se, na verdade, de evitar que as exigências legais traduzam-se em decisões

prolixas, impossíveis de serem compreendidas pelo cidadão comum, na lentidão do processo e, conseqüentemente, em prejuízo às partes.

Conforme leciona Carlos Henrique Bezerra Leite, a “morosidade processual favorece os mais ricos (empregadores) em detrimento dos mais pobres (trabalhadores), sendo estes últimos certamente os mais prejudicados com a intempestividade da prestação jurisdicional”¹. As regras processuais do trabalho, desse modo, devem se basear na proteção, na celeridade e na eficiência, sob pena de se tornarem absolutamente inócuas.

¹ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. As recentes reformas do CPC e as lacunas ontológicas e axiológicas do processo do trabalho sob a perspectiva da efetividade do acesso à justiça. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**. Brasília, v.73, n.1, p. 98-106, jan./mar. 2007.

37. DA AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO OU DE MEDIAÇÃO: ARTIGO 334 NO NCPC

Flávia Lovisi¹

Felippe Afonso²

Flávio Guilarducci³

Palavras-chave: audiência preliminar de mediação e conciliação; autonomia das vontades; autocomposição; obrigatoriedade.

O presente trabalho tem como objetivo a análise do art. 334 do Novo Código de Processo Civil, o qual estabelece a audiência preliminar de conciliação e mediação. Tem-se como objetivo demonstrar as repercussões prática deste instituto no limiar da vigência da nova legislação, suas críticas, bem como expor empiricamente como tem ocorrido essas audiências em duas entrâncias do Estado de Minas Gerais, qual seja: Raul Soares (primeira entrância) e Juiz de Fora (entrância especial), bem como se estão de acordo com as técnicas de mediação e conciliação, e com a ideia de um processo justo constitucional.

Atualmente, um dos grandes problemas do Judiciário tem sido o excesso de demandas a ele dirigidas diariamente. As razões deste fenômeno são inúmeras, dentre elas a falta de soluções alternativas, em especial as consensuais, como a mediação e a conciliação e a forte cultura do litígio.

O Código de Processo Civil de 2015 vem buscando fortalecer esses métodos alternativos de solução de conflitos, mesmo que já no ambiente processual. Essa legislação vem, no contexto da chamada “terceira onda renovatória” de Capelletti e Garth, incentivar esses métodos de solução consensual de lides em razão de sua celeridade e adequação à solução de determinadas espécies de conflitos.

¹ Professora adjunta da Faculdade de Direito da UFJF vinculada ao Departamento de Direito Público Formal e Ética Profissional.

² Graduando da Faculdade de Direito da UFJF. Monitor de Tutela Jurisdicional Cognitiva e Introdução ao Direito Processual Civil.

³ Graduando da Faculdade de Direito da UFJF.

Cumprindo essa função, o art. 334 do NCPC estabelece a audiência preliminar como primeiro ato posterior ao recebimento da inicial. Esse dispositivo, de forma até certo ponto impositiva, determina que a audiência ocorrerá sempre que o processo não tratar de direito indisponível ou não houver manifestação expressa de ambas as partes por sua não realização.

Afinal, qual seria o objetivo do legislador?

Caso analisássemos todo arcabouço do NCPC, estaria claro que a proposta seria a eliminação precoce do processo, atendendo as diretrizes de um método mais célere para solucionar conflitos. No entanto, será que este dispositivo atende as diretrizes de um processo justo? Para responder a esta pergunta, precisaríamos ir até as características e princípios da mediação e conciliação, bem como suas diferenças.

Em ambas há duas diferenças básicas. A conciliação mostra-se como mais produtiva nas relações de trato único, a saber, aquelas estabelecidas por em evento único, decorrente de uma relação jurídica não habitual entre os sujeitos participantes. A partir daí, decorre a segunda diferença, que seria o papel do terceiro interveniente. Ora, enquanto na mediação o terceiro é um neutro que exerce função catalisadora e somente auxilia as partes em suas reflexões e tomadas de posições conjuntas nas decisões acerca dos problemas que as envolvem como um todo e atrapalha o relacionamento contínuo existente entre elas, tendo objetivo transformativo, preferencialmente; na conciliação, o terceiro, conciliador, propõe uma solução mais pontual, objetiva e imediata, tendo como foco o encerramento mais célere do procedimento, e de forma menos gravosa para ambos os conflitantes, desprovidos de relação continuada.

A mediação teria um caráter mandatário e voluntário na visão de Sylvio Pereira Júnior, dependendo da vontade das partes, em que somente elas poderiam iniciar e desenvolver o processo de mediação. O referido autor afirma, ainda, que a liberdade das partes não significa dizer, necessariamente, forma voluntária de mediação, uma vez que o início da mediação pode se dar por ordem judicial ou cláusula contratual livre. Porém, iniciado de forma mandatária, só será solucionado por vontade das partes.

Adolfo Braga Neto afirma que a autonomia das vontades na mediação possui um protagonismo muito relevante, se não o maior, uma vez que o caráter voluntário deste método de solução de conflitos constitui a grande mola propulsora da atividade. Aduz, ainda, que este elemento garante o poder das pessoas em optar pelo processo ao conhecê-lo. Em outras palavras, só haverá o processo se as pessoas efetivamente quiserem dele fazer parte e, para tanto, é fundamental que se conheça seus objetivos, seu dinamismo bem como seus alcances e limitações. Logo, conclui-se que a mediação de conflitos não possui, em momento algum, caráter ou elemento impositivo.

Através do exposto, podemos chegar a um ponto em comum, qual seja: a manifestação da vontade livre das partes na solução dos conflitos. Ousamos discordar do caráter mandatário da mediação, uma vez que este estaria impondo às partes a chegarem a uma solução para seus conflitos, ferindo nitidamente seu caráter voluntário. Ademais, esta própria imposição estaria confrontando os objetivos de encerramento precoce do processo.

Leonardo Greco exemplifica que caso o autor na inicial já manifeste desinteresse na autocomposição e o réu é pessoa jurídica de direito público ou qualquer outra que habitualmente não aceita qualquer tipo de negociação de interesses visando à autocomposição, esta audiência apenas retardaria desnecessariamente o processo.

Aderimos ao entendimento supramencionado, uma vez que não nos parece justo que o autor e juiz, já prevendo que não haverá conciliação, tenham que aguardar que sobrevenham a data da audiência designada, mobilizando todo aparato jurisdicional inutilmente, uma vez que a solução do problema estaria já prejudicada.

Esse contexto não é exclusivo das pessoas de direito público. No Brasil, grande parte dos processos de natureza cível tem como réus grandes empresas, em especial bancos e empresas de telecomunicações. Essas grandes corporações muitas vezes veem no desrespeito aos direitos do consumidor uma forma rentável de reduzir custos e aumentar os lucros de suas atividades. Amparadas na morosidade do Judiciário, no baixo número de consumidores lesados que efetivamente levam suas queixas a juízo, na inércia das órgãos estatais de controle e nas baixas condenações

que lhes são impostas, elas seguem descumprindo a lei e lesando consumidores, na certeza de que tal atitude lhes será economicamente vantajosa.

Nesses casos, o artigo 334 no NCPC torna-se importante instrumento de procrastinação da solução final do processo, atendendo aos interesses desses litigantes costumeiros.

Os incisos I e II do §4º do dispositivo já citado afirma, em outras palavras, que preenchendo a petição inicial os requisitos essenciais, não sendo o caso de improcedência liminar do pedido, tratando-se de matéria em que admite a autocomposição e não havendo discordância de ambas as partes, a designação desta audiência será obrigatória. Ademais, o caráter obrigatório desta audiência mostra-se mais evidente ainda quando nos deparamos com o §8º do referido artigo, que coloca como ato atentatório a dignidade da justiça e imposição de multa para a parte que, injustificadamente, não comparecer à audiência designada.

Em suma, a multa contida neste artigo 334 do NCPC fere de forma evidente o princípio da voluntariedade da mediação, que se mostra como princípio basilar deste método compositivo de resolução natural e fluida de conflitos. Fere ainda a própria celeridade que seria seu objetivo final, uma vez que obriga as partes a participarem de um ato processual mesmo quando esse se mostra claramente inútil. Também torna-se instrumento à parte que pretende procrastinar o feito, uma vez que esta pode simplesmente não se manifestar, obrigando a realização da audiência, sem contudo ser obrigada a apresentar qualquer proposta de acordo.

Como dito acima, a autocomposição depende da vontade livre e de boa fé de ambas as partes. Assim, a recusa de uma delas já deveria ser suficiente para o cancelamento da audiência.

Assevere-se, ainda, que sempre há possibilidade de um acordo ser proposto em qualquer fase do processo e que mesmo na audiência de instrução e julgamento ou mesmo em outros momentos de encontros processuais, o juiz deve perguntar às partes se há interesse na autocomposição do problema, sugerindo e explicando sobre a existência de outros métodos de solução de conflitos, bem como as vantagens advindas.

Por fim, cumpre expor que a conclusão com base na análise empírica é de que em ambas as comarcas há uma necessidade de investimento em mediadores e conciliadores profissionais, que conhecem a técnica e a particularidade de cada tipo de resolução de conflitos. Acreditamos que, feito com profissionais adequados, sempre analisando caso a caso o tipo de demanda e se quem demanda está provido de boa fé e, acima de tudo, respeitando a vontade das partes em relação à autocomposição, este instituto poderia alcançar melhores resultados.

38.

PROJETO DIALOGAR

Fernando Guilhon de Castro

Ana Luísa Macêdo Carvalho

Henrique Trindade

Hugo Vidigal Ferreira Neto

Isabela Campos Pereira

John Pablo Gama

Josirene Aparecida Martins dos Santos

Laura Elisa de Souza

Letícia Gabriella Costa Corrêa

Miriam Cruz

Luísa Costa

Palavras-chave: Mediação.Dialogo.Cultura.Paz.Autonomia.

O Dialogar é o Núcleo de Mediação Extrajudicial da UFJF. Sua equipe é constituída por professores, alunos da Faculdade de Direito, advogados, antropólogos, pedagogos e parceiros externos. Fernando Guilhon, coordenador do Projeto Dialogar, lidera as discussões inerentes ao projeto na disciplina de Mediação, criada no segundo semestre de 2016; auxiliam no acompanhamento dos casos, juntamente com a bolsista Letícia Costa e os demais voluntários da Faculdade de Direito; além de incentivar a elaboração de artigos e a criação de novos centros de mediação.

O Dialogar também conta com grupo multidisciplinar – contribuem também na composição da equipe as antropólogas Letícia Calderano e Lourdes Glauseni, dos advogados Fernando Braga, Andréia Horta e Marselha Evangelista –, estando também aberta para o recrutamento de alunos de diversos cursos de graduação, desde Psicologia a Engenharia, que acrescentem ao projeto no que tange às diferentes experiências e perspectivas.

A parceria externa, na figura do Núcleo de mediação ANMA, oferece semestralmente cursos de Iniciação à Mediação para alunos do 1º período da Faculdade de Direito.

O coordenador, a bolsista e os voluntários trabalham conjuntamente na busca de convênios com instituições nacionais e internacionais, na qualificação da equipe e na elaboração de atividades culturais que proporcionem a visão multidisciplinar necessária à prática da Mediação.

Os mediadores do Projeto Dialogar atuam no campo da comunicação, dos direitos humanos e da justiça, facilitando o diálogo entre as partes do conflito, incentivando o empoderamento e o reconhecimento do outro e aplicando técnicas que não só viabilizem um acordo como também contribuam para a transformação e o exercício da cidadania. Já no campo da cultura e da educação, o projeto contribui com a formação de seus integrantes por meio das atividades culturais, do Dialogar Com Vida, da discussão de textos e artigos relevantes para a resolução de conflitos e do incentivo à pesquisa associada à extensão. No que diz respeito ao meio ambiente, a Equipe Dialogar, com o apoio dos demais projetos do Núcleo de Prática Jurídica da UFJF, recentemente se propôs a implementar sistema de coleta seletiva.

Fundado no ano de 2014, e acompanhando cerca de 50 casos por ano, o projeto visa beneficiar a população oferecendo apoio para gerenciar conflitos de maneira adequada e construtiva. Para isso, os mediadores identificam os diversos tipos de conflito e conduzem o diálogo por meio de técnicas e habilidades que se mostrem apropriadas.

Com relação ao processo de mediação que tramita dentro do núcleo Dialogar, é oferecido aos que estão vivenciando um conflito de relação continuada, a oportunidade e o espaço adequados para solucionar as principais questões envolvidas no conflito. Nesse espaço, as partes/mediandos podem expor seus pensamentos a fim de cooperativamente reconstruir a relação entre elas, isso com o auxílio do mediador como facilitador do diálogo. O processo prioriza a autonomia entre as partes, e concede a elas o tempo necessário e as ferramentas para alcançar de forma independente a solução dos seus próprios problemas. Todas as matérias discutidas e reveladas nas sessões são protegidas pela política do sigilo e da confidencialidade. E, seguindo o entendimento do TJRJ, “Com a exceção do acordo

obtido, nada que foi dito ou revelado na mediação será utilizado no Tribunal, sendo de se ressaltar que os mediadores são impedidos de testemunhar sobre os casos em que atuaram. Os mediadores só estão dispensados do sigilo na hipótese do conhecimento de prática delituosa.”. Os mediadores falarão com as partes separadamente, e quando sentirem segurança que a espiral do conflito já está controlada o suficiente para que elas possam dialogar civilizadamente no ambiente do núcleo, recomenda-se a sessão conjunta. As sessões duram em média 50min, e um caso, 5 meses para que se alcance o objetivo de restabelecer o diálogo entre os mediandos.

O núcleo Dialogar também tem como projeto o incentivo de novos núcleos de mediação. Junto a ele já se concretizou a formação do núcleo de mediação na Câmara Municipal de Juiz de Fora. Além disso, o projeto capacitou a equipe do IBPeron e está em treinamento líderes comunitários do conjunto habitacional Vivendas Belo Vale-bairro do programa “Minha casa, minha vida”. Planeja também iniciar a mediação escolar dentro da Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF). Os trabalhos de aperfeiçoamento dos estudantes/mediadores do núcleo e na faculdade de Direito já foram efetuados, assim como a concessão da sala onde funcionaria o novo núcleo. O então funcionamento desse espaço poderia transformar as relações entre professores, servidores, estudantes e a comunidade situada próxima ao campus universitário em um ciclo mais empático e cooperativo das partes. O objetivo é solucionar de forma mais célere e efetiva os conflitos gerados dentro da universidade, uma vez que a relação é continuada, ela se perpetua durante a graduação do aluno.

Apesar da maioria dos casos recebidos pelo núcleo Dialogar ser do âmbito familiar, a parceria desse projeto com a empresa júnior da faculdade de Direito, Colucci Consultoria Jr., proporcionou aos dois um grande crescimento no âmbito empresarial de mediação. Sendo as sessões realizadas e estudadas em conjunto pelos alunos de ambos os projetos. É de grande valor ao núcleo Dialogar esse tipo de parceria e estamos sempre à procura de novos ramos que possamos nos aperfeiçoar para melhor atender a população juizforana.

Referências Bibliográficas:

KRZNARIC, Roman. *O poder da empatia: a arte de se colocar no lugar do outro*. 1.ed.-Rio de Janeiro:Zahar,2015.

39. NEPCRIM – NÚCLEO DE EXTENSÃO E PESQUISA EM CIÊNCIAS CRIMINAIS DA FACULDADE DE DIREITO DA UFJF¹

Prof^ª. Dr^ª. Ellen Cristina Carmo Rodrigues

Prof. Me. Leandro Silva Oliveira

O NEPCrim consiste em um conjunto de ações de caráter orgânico-institucional que visa proporcionar à comunidade acadêmica e aos cidadãos residentes no município de Juiz de Fora e em seu entorno diversas atividades de extensão, cursos, eventos e pesquisas no âmbito das ciências criminais, de modo a contribuir positivamente quanto às demandas operacionais, educacionais e científicas em relação ao crime e à criminalidade na região. Nesse sentido, este programa visa a formalização do NEPCrim (Núcleo de Extensão e Pesquisa em Ciências Criminais da Faculdade de Direito da UFJF), cuja alocação será realizada no Núcleo de Prática Jurídica (NPJ) da mesma instituição, com funcionamento de segunda à sexta, de 08 às 12:00h e de 14:00 às 17:00h.

A motivação para o presente programa se justifica pelo desejo de contribuir para o desenvolvimento de projetos e ações de extensão, eventos, cursos, atividades e pesquisas afetos à questão criminal no município de Juiz de Fora, bem como de contribuir para a produção de conhecimentos empíricos mais amplos sobre a referida temática, o que é uma grande carência no âmbito das ciências jurídicas. Assim, com a criação do NEPCrim, objetiva-se realizar atividades de caráter interdisciplinar, que, embora sejam coordenados pelos professores proponentes, tenham a capacidade de acolher outros professores interessados, bem como alunos, representantes do poder público, lideranças comunitárias, representantes e integrantes de movimentos sociais, pesquisadores interessados no estudo das Ciências Criminais e os cidadãos de modo geral. Tais atividades serão orientadas à reflexão sobre as relações entre as Ciências Criminais e os constantes processos de transformação social que se lhes afetam,

¹ O programa está em fase de submissão junto à Proex. A seleção dos estagiários será realizada em maio/2017.

tendo por fio condutor a indeclinável observância dos Direitos Humanos. Na conjuntura atual, marcada por tendências político-criminais expansivas e atentatórias às liberdades públicas e aos direitos fundamentais, imperiosos se fazem programas dessa natureza - seja para apontar as vicissitudes do pensamento penal na pós-modernidade, seja para indicar as possibilidades promissoras de superação da conflitividade social afeta ao Direito Penal, à Criminologia e aos demais saberes criminológicos que irrompem a presente quadra histórica.

Com a devida formalização do NEPCrim, criado por ato normativo da Direção da Faculdade de Direito (através da Portaria Nº 02, de 27 de Junho de 2016, emitida pela Diretora da Faculdade de Direito da UFJF, Profa. Dra. Aline Araújo Passos), e sua devida alocação junto ao NPJ, será possível o desenvolvimento de novos projetos de pesquisa e extensão relacionados às ciências criminais e também a melhoria da execução dos projetos de extensão e pesquisa em andamento, sob a coordenação da professora solicitante. Tais projetos consistem em ações de extensão de caráter social e científico, que, mediante a formalização do presente programa, poderão desenvolvidos e/ou aperfeiçoadas, quais sejam: Projeto de extensão acadêmica “Além da Culpa: Justiça Restaurativa para adolescentes”; Projeto de iniciação científica “Além da Culpa: Justiça Restaurativa para adolescentes”; Projeto de extensão acadêmica “Diga não à violência contra a mulher”.

Além dos projetos já em andamento, com a formalização do NEPCrim pretende-se iniciar as atividades de atendimento jurídico no sistema prisional local, alcançando especialmente as mulheres, através do Projeto de extensão “Mulheres, apesar do cárcere”, que ainda está em fase de construção. Ademais, pretende-se desenvolver estudos, cursos e palestras acerca do aumento da violência verificado nos últimos anos no município, através do Projeto de extensão e pesquisa “A escalada da violência em Juiz de Fora: para pensar melhor”, também em fase de construção.

As atividades desenvolvidas no âmbito do NEPCrim contarão com metodologias quantitativas e qualitativas de forma integrada e se destinarão, especialmente, a: adolescentes, entre 12 e 18 anos, em conflito com a lei penal e/ou conflitos escolares e comunitários; adolescentes em cumprimento de medida socioeducativa de internação no Centro Socioeducativo Santa Lúcia; mulheres vítimas de violência doméstica atendidas na Casa da Mulher de Juiz de Fora, bem como seus familiares e agressores; mulheres em cumprimento de pena e/ou medidas cautelares

no sistema prisional de Juiz de Fora; atores jurídicos que trabalham na área penal, seja no âmbito da prevenção, apuração e responsabilização de infrações penais, alcançando, ainda, de forma indireta, autoridades policiais e municipais responsáveis pelas políticas de segurança pública do município. Ademais, através das atividades e campanhas de conscientização espera-se atingir a sociedade como um todo, na medida em que poderão contribuir para a reflexão de problemas que afetam os cidadãos de modo geral, quais sejam: o crime, o medo do crime e os diferentes processos de criminalização que subjazem a chamada "criminalidade".

40. PROJETO DE EXTENSÃO ACADÊMICA “ALÉM DA CULPA – JUSTIÇA RESTAURATIVA PARA ADOLESCENTES EM CONFLITO COM A LEI”

Prof^ª. Dr^ª. Ellen Cristina Carmo Rodrigues

Prof. Me. Leandro Silva Oliveira

Tainá Fonseca e Silva Sell, Larissa Almeida Figueiredo, Carolina Lopes de Rezende Saber, Ana Clara Mendonça de Oliveira, Estevão Baesso Gabriel de Oliveira, Diogo Kelmer Mendes Ribeiro, Sarah Alves Zanetti, Raíça Mara de Camargo Silveira, Raíssa Lima Franzone, Gustavo Ribeiro de Carvalho, Thiago Reis e Eduarda Alana

O projeto de extensão acadêmica “ALÉM DA CULPA – Justiça Restaurativa para adolescentes em conflito com a lei” decorre de convênio entre a UFJF/Faculdade de Direito e a Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais, tendo por objetivo contribuir para a melhoria da prestação jurisdicional destinada aos adolescentes acusados e/ou condenados pela prática de infrações penais na cidade de Juiz de Fora e região e auxiliar na devida aplicação do método e das técnicas da *Justiça Restaurativa* nos casos que tramitam perante a Vara da Infância e Juventude da Comarca de Juiz de Fora/MG. O projeto, que é coordenado pelos professores Ellen Rodrigues e Leandro Silva, iniciou-se em janeiro de 2015 e, até o momento, registra dezenas de *círculos restaurativos* concluídos e outros em desenvolvimento, além de fóruns, seminários e cursos de capacitação sobre os temas de *Justiça Restaurativa*.

Os principais beneficiários do projeto são adolescentes entre 12 e 18 anos, acusados e/ou condenados pela prática de infrações penais, cujos processos foram desenvolvidos no âmbito da Defensoria Pública da Vara da Infância e Juventude da Comarca de Juiz de Fora/MG. Até o momento, o projeto já atingiu cerca de 200 beneficiários, além de atingir, indiretamente, suas famílias e a comunidade afetada pelas referidas infrações.

A metodologia utilizada contempla a participação direta dos estagiários, por meio da observação participante, na medida em que atuam diretamente na realização dos atendimentos realizados na Vara da Infância, bem como nos círculos restaurativos realizados no mesmo local e também no Centro Sócioeducativo Santa Lúcia.

Os resultados já alcançados se mostraram majoritariamente positivos, o que nos faz perceber a importância da *Justiça Restaurativa* na resolução de conflitos e restauração das relações entre os envolvidos, bem como nos faz repensar o modelo de *Justiça Retributiva* tradicionalmente praticado e sua deficiência no trato das relações humanas.

41. PROJETO DE EXTENSÃO ACADÊMICA “DIGA NÃO À VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER”

Prof^ª. Dr^ª. Ellen Cristina Carmo Rodrigues

Rebeca Angel, Enya Barros, Marcela Rabello, Igan Mainieri, Yasmin Dutra, Bruna dos Reis, Gustavo Pena, Rodrigo Neves, Luiza Mattheis, Ivianny Luíza Gonçalves, Victoria Zaka Ruffo e Maria Carolina Cavalieri

O presente projeto propõe acompanhar os procedimentos de atendimento, assistência e prestação jurisdicional em relação às mulheres vítimas de violência doméstica no município de Juiz de Fora/MG. Para tanto, são realizados atendimentos diários (08 às 12h e de 14 às 17h) por parte dos estagiários no Centro de Referência Casa da Mulher de Juiz de Fora/MG, sob a supervisão da professora coordenadora. Destaca-se que a Casa da Mulher é o órgão que, de acordo com as políticas públicas locais atinentes ao tema, é competente para atender às necessidades das referidas mulheres quando da verificação da violência doméstica.

Os atendimentos realizados pelos acadêmicos do Curso de Direito da Faculdade de Direito da UFJF, devidamente supervisionados pela coordenadora deste projeto de extensão acadêmica, têm por objetivo conferir apoio aos projetos já realizados pelo poder público local e pelo Foro da Comarca de Juiz de Fora para o enfrentamento da violência doméstica contra mulheres. Ademais, além de colaborar com os atendimentos mencionados, pretende-se atuar na conscientização de propostas preventivas e ações afirmativas, como o exercício da comunicação não violenta; a cultura de paz; os mecanismos alternativos de resolução de conflito e os modernos programas de Justiça Restaurativa.

Nesse sentido, busca-se capacitar multiplicadores sociais para intervir na problemática em questão a partir de tais perspectivas, bem como auxiliar os profissionais envolvidos a promoverem o devido cumprimento da prestação jurisdicional atinente aos casos com a observância dos princípios e garantias constitucionais que se lhe relacionam e total compromisso com a promoção dos direitos humanos, nos termos da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) e da Constituição Federal/88.

No intuito de fomentar o desenvolvimento dos trabalhos em rede, visando o fortalecimento do atendimento prestado pelo Centro de Referência Casa da Mulher às mulheres vítimas de violência no município e região, a metodologia a ser adotada conta com a realização de estudos periódicos sobre o tema e com a elaboração de propostas à luz do método construtivista, permitindo, assim, a participação de todos os envolvidos.

Ao longo das atividades, far-se-á mapeamento dos dados locais relativos à violência doméstica, seguidos de elaboração e execução de propostas de intervenção, de acordo com as demandas apresentadas. Ao longo do trabalho, refletir-se-á sobre os dados e demandas levantados, cotejando-os com os resultados das intervenções realizadas, a fim de que o trabalho seja respaldado, de forma harmônica, por atividades de pesquisa capazes de subsidiar o presente projeto de extensão de forma contínua.

Acredita-se que, através desta proposta extensionista, será possível à comunidade acadêmica, dentro do recorte específico, apresentar-se à sociedade como ator social capaz de apreender as necessidades fundamentais dos grupos atendidos, com vistas à produção, à sistematização e à socialização do saber, de modo a contribuir para a efetivação dos direitos humanos e garantias fundamentais das mulheres vítimas de violência.

42.A LUTA PELO RECONHECIMENTO DOS DIREITOS DAS MULHERES E O COMBATE À VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER: ESTUDOS E AÇÕES NECESSÁRIAS¹

Adamo Dias Alves²

Maria Victoria Perrim Costa³

Mariana Ávila D'Ornellas⁴

Andressa Alves de Oliveira Dutra⁵

Palavras-chave: Violência, Direito das mulheres, Desigualdade de gênero.

Introdução ao tema.

A violência contra a mulher que é presente em nossa sociedade é reflexo de inúmeros eixos: é válido destacar, principalmente, a desigualdade de gênero existente e resquícios de um quadro histórico puramente patriarcal.

Se pararmos para pensar, pressupostos biologicistas por vezes, de forma indireta, fundamentam a referida violência, pois definem a mulher como sexo frágil, sensível e com menor força física. Descrevem, portanto, um ser de natureza domesticável e com tendência a ser a ser dominada.

A desigualdade de gênero existente em nossa sociedade desencadeia, dentre tantos comportamentos preconceituosos, valorizações distintas a cargos pelo

¹ Trabalho desenvolvido a partir de estudos integrados do Centro de Referência em Direitos Humanos do Curso de Direito da UFJF – Campus GV

² Doutor e Mestre em Direito pela UFMG. Professor do Curso de Direito da UFJF- campus Governador Valadares. Coordenador do projeto de extensão Centro de Referência em Direitos Humanos do curso de Direito da UFJF- campus Governador Valadares. E-mail: adamo.alves@ufjf.edu.br

³ Graduanda em Direito pela UFJF-GV. Discente voluntária do projeto de extensão Centro de Referência em Direitos Humanos do curso de Direito da UFJF- campus Governador Valadares E-mail: mavi.perrimcosta@gmail.com

⁴ Graduanda em Direito pela UFJF-GV. Discente voluntária do projeto de extensão Centro de Referência em Direitos Humanos do curso de Direito da UFJF- campus Governador Valadares E-mail: marianaadornellas@gmail.com

⁵ Graduanda em Direito pela UFJF-GV. Discente bolsista do projeto de extensão Centro de Referência em Direitos Humanos do curso de Direito da UFJF- campus Governador Valadares E-mail: andressadutra@outlook.com

simples fato de estarem sendo prestados por mulheres a homens. Basta analisarmos cargos de chefia e constatarmos que, em sua maioria, a ocupação é pelo sexo masculino, e cargos que oferecem a realização de afazeres cotidianos, mulheres preenchem em maior medida.

A referida desigualdade é decorrente da transição das sociedades igualitárias para as patriarcais. A referida mudança se deu a partir da produção de excedente econômico e da descoberta de que o homem era imprescindível para a nova sociedade. O patriarcado possibilitou, portanto, o processo de subordinação-dominância- características que podem ser percebidas nos tempos atuais nas sociedades a que estamos inseridos.

Uma realidade marcada pela violência e as ações iniciais necessárias para combater a desigualdade de gênero e a violência contra a Mulher

Diminuir de forma progressiva a desigualdade de gênero que vemos presente em nossa realidade deve ser um dos principais objetivos do Estado. Apesar de amparos legais é importante estimular o senso crítico dos indivíduos para que reproduzam em menor grau ideologias tradicionais e patriarcais. O senso crítico supracitado pode ser desenvolvido dentro das Universidades. Estas são de grande importância para o desenvolvimento pessoal dos que lá estão inseridos e da sociedade como um todo. Dentro desses ambientes há o convívio com o diferente e aprende-se a respeitar o que diverge do que se acredita.

Embora tenhamos evoluído em tantos aspectos, ainda hoje, em pleno séc. XXI, a desigualdade de gênero é bastante marcante. Como já dito, o que vivemos atualmente, tem-se como “herança” do modelo patriarcal. Mesmo que muitos digam que a mulher, hoje em dia, é igual ao homem e que qualquer requerimento de direitos é exagero, é notório diversas situações em que a mulher é inferiorizada, vulgarizada e violentada tanto física como psicologicamente. As notícias de abuso, desrespeito contra mulheres, por exemplo, é reflexo de uma cultura que persiste em acreditar que mulheres devem se vestir e se portar de maneira “respeitosa”, que mulheres devem obedecer a tal modelo, seguir o “padrão de mulher correta”, caso o contrário, é culpada e provocou o próprio abuso. É preciso aduzir, portanto, que a violência é reflexo da cultura. Cultura machista que, fomenta a objetificação da mulher, e conseqüentemente

contribui para a naturalização do estupro, como se tratando de um instinto masculino como justificativa.

“(...) Esse machismo da velha ordem patriarcal deu lugar a um, digamos, machismo 2.0, dessa vez repaginado e turbinado pela sociedade de consumo e indústria publicitária para ser veiculado pela grande mídia (...) A presença constante da mulher como objeto promotor de mercadorias de luxo ou de marcas corresponde ao desafio da potência masculina(...)”

(Wilson Ferreira - “Cultura do Estupro revela “machismo 2.0”)

"A cultura machista influencia em tudo: em como o judiciário vai aplicar a lei, em como os profissionais de saúde e os policiais atenderão a vítima de violência e em como vamos encarar a violência sofrida por uma mulher em nosso cotidiano. E é por isso que é preciso desmistificar tais discurso." (Thaís Campolina - “A naturalização da violência contra a mulher em frases do cotidiano”)

Por vergonha ou por medo de retaliação, muitas mulheres não denunciam agressões e abusos sofridos. Ainda assim, os índices de violência contra a mulher são elevados. Dados de uma pesquisa realizada pela Fundação Perseu Abramo no ano de 2014 revelam que duas a cada três pessoas atendidas pelo SUS (Sistema Único de Saúde) em razão de violência doméstica ou sexual são mulheres. Dados revelam, ainda, que o SUS atendeu setenta mil mulheres vítimas de violência no ano de 2011, e que em 71,8% dos casos a violência ocorreu no ambiente doméstico (PERSEU ABRAMO, 2014). Além disso, em 2015 foi realizado um Mapa da Violência, neste se detectou que 27% dos homicídios contra as mulheres acontecem dentro de domicílios. Pelo levantamento realizado pela Secretaria de Estado de Defesa Social – Seds, 47 mulheres são assassinadas a cada mês em Minas Gerais em atos de violência doméstica. Voltado para o âmbito Valadarense, que é uma cidade tradicional, em que as pessoas carregam sobrenomes como sinônimo de honra e riqueza, a cultura machista é bem presente. Um simples e corriqueiro exemplo da referida cultura é quando as próprias mulheres se referem com dó àquelas que estão mais velhas e não se casaram, como se houvesse a necessidade de se casar para

ser feliz. E ainda, é perceptível quando se ouve, comumente, comentários femininos de que se a mulher está na rua em certa hora, sozinha, se vestindo de forma X ou Y, é porque estava procurando ser violentada, é “bem feito”. Pela pesquisa da Seds, Governador Valadares é a oitava cidade do estado de Minas com maior número de registro de violência doméstica e familiar contra a mulheres, tendo sido registrados 6338 nos anos de 2013 e 2015. Os crimes contra a mulher tratados no presente estudo formam violência física, psicológica, patrimonial, moral e violência sexual. Nesse mesmo período foram registrados 104 homicídios contra as mulheres em Governador Valadares.

Ações extensionistas realizadas pelo curso de Direito da UFJF no campus de Governador Valadares em 2016.

Diante do exposto, a Universidade se coloca num papel fundamental na mudança na cultura dos Valadarenses, e conseqüente, gradual melhora nos índices de violência. Posto isto, foi ofertado um ciclo de palestras na semana da mulher, em 2016, elaborado pelo Projeto de Extensão Centro de Referência em Direitos Humanos do curso de Direito. O Ciclo foi composto por 4 palestras, organizadas pelas discentes Andressa Dutra, Daniela Etiene e Hellen Louzada e coordenadas pelo professor Adamo Dias Alves.

O Ciclo foi de suma importância, principalmente no meio acadêmico, visto que tratou acerca da mulher em diversos âmbitos. Primeiramente foi exibido e discutido o filme “Cinco Graças”, que trata do patriarcado, repressão das mulheres, a influência da religião muçulmana e dos casamentos arranjados. Foi apresentado também, o documentário “The Hunting Ground”, que aborda sobre o machismo nas Universidades Estadunidenses, foi discutido o assunto na realidade brasileira, o machismo dentre os jovens no âmbito universitário, nas repúblicas, calouradas, etc. Foi exposto ainda, o filme “As sufragistas”, que trabalha sobre a questão política da mulher, o direito ao voto feminino, que foi exercido pela primeira vez no Brasil em 1935, além da exibição do filme, o cenário político e o que o envolve foi discutido pela Tayara Lemos, professora de Direito. Por fim, para encerrar o Ciclo, foi apresentado o documentário “ O silêncio das inocentes” que trata da Lei Maria da Penha, contextualizado pela Delegada de Polícia Adeliana Marino para a realidade de Governador Valadares. Exercendo sua atividade na Delegacia da Mulher, a Dra.

Adeliana contou como funciona o ambiente em que ela atua, sobre os obstáculos vivenciados na tentativa de implementar a Lei Maria da Penha, que vão desde as dificuldades por não haver a devida sensibilização da população até a restrição orçamentária e de pessoal para proporcionar a devida efetividade ao texto normativo.

Disposições finais

Bem como já foi exposto no decorrer do texto, diante dos reflexos culturais no cotidiano, temos que a mudança deve vir desde a formação e o desenvolvimento crítico dos jovens.

Neste contexto, as Universidades representam o lugar principal de fomento a uma nova geração, com novas ideias, incentivando, sempre o respeito para com todos, indiferente de raça, gênero ou religião.

Pela reconstrução dos conceitos, problematizando os problemas locais relativos à desigualdade de gênero e à violência contra a mulher, conhecendo as suas causas para além dos livros, conhecendo os personagens que atuam na defesa dos direitos humanos, seus dilemas e angústias, sensibiliza-se mais criticamente sobre o tema e abre-se o espaço para ações inovadoras e efetivas na busca por uma justiça mais igualitária e protegendo as vítimas.

A atividade de extensão descortina para todas e todos a problemática da luta pelo reconhecimento dos direitos das mulheres, da desigualdade de gênero existente no Brasil e da ameaça persistente representada pela violência contra a mulher no nosso cotidiano e num ambiente em que nos encontramos, na nossa comunidade, fazendo-nos pensar e agir na transformação do direito e da sociedade atuais.

Bibliografia

Brasil, [LEI Nº 11.340, DE 7 DE AGOSTO DE 2006](#)

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm> acessado em 31/01/2017

“ A naturalização da violência contra a mulher em frases do cotidiano”; Campolina, Thaís.

<<http://www.revistaforum.com.br/ativismodesofa/2015/11/26/naturalizacao-da-violencia-contramulher-em-frases-cotidiano/>> acessado em 31/01/2017

“Cultura do Estupro revela “machismo 2.0”; Ferreira, Wilson.

<<http://www.revistaforum.com.br/cinegnose/2016/06/03/cultura-estupro-revela-machismo-2-0>> acessado em 31/01/2017

43. DIREITOS FUNDAMENTAIS, DESACORDO MORAL RAZOÁVEL E PODER JUDICIÁRIO: ANÁLISE DO JULGAMENTO DA INCONSTITUCIONALIDADE DO CRIME DE PORTE ILEGAL DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Emerson Affonso da Costa Moura

Mateus Pedrosa Machado

Palavras-chave: Direitos Fundamentais; Desacordo Moral Razoável; Poder Judiciário; Ativismo Judicial; RE 635.659/SP.

O papel desenvolvido pela jurisdição constitucional na proteção dos direitos fundamentais em questões onde haja desacordo moral razoável na sociedade é o tema posto em debate. Analisa-se em que medida em questões controversas em sociedades democráticas onde haja uma divergência com argumentos racionais igualmente sustentáveis cabe a corte garantir a tutela dos direitos dos indivíduos, mas permitindo a coexistência do pluralismo na comunidade dando azo ao debate na seara democrática ao revés da subtração da esfera representativa com a tomada da decisão política ou social. Demonstra-se que a promulgação da Constituição Federal de 1988 marcada pela ampla incorporação de matérias políticas e sociais, aliada ao déficit crescente das instâncias democráticas conduziu, respectivamente, a uma judicialização das principais questões da sociedade e a ampliação do papel do Poder Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais. Porém, que embora de extrema relevância o papel exercido pela jurisdição constitucional na garantia da supremacia formal e axiológica da Constituição e tutela dos direitos fundamentais, não se ignora os limites da norma constitucional, a existência dos excessos, bem como, o risco da consolidação do exercício de preferências políticas. Em igual sentido verifica-se que em uma sociedade pluralista, se observa um desacordo moral razoável sobre dadas questões onde há posições racionalmente defensáveis e o papel da Corte Constitucional não pode ser a definição de uma solução moral sobre a matéria, com a imposição de uma concepção sobre os demais. Em tal viés, destaca-se da jurisdição constitucional brasileira, o Supremo Tribunal Federal que na sua última quadra

histórica tem dado decisões controversas na sociedade brasileira comopesquisas com células troncos obtidas de embriões *in vitro*, a interrupção da gestação do feto anencéfalo e o reconhecimento das uniões homoafetivas. Inegável que o Estado Democrático de Direito se erige sob a dialética entre *constitucionalismo* – enquanto técnica de limitação do poder como forma de garantia do cidadão – e *democracia* – enquanto soberania popular - e, portanto, sob uma tensão imanente entre os direitos fundamentais e o governo da maioria. Na nossa ordem jurídica, onde há um sistema de Controle de Constitucionalidade das leis e atos normativos, as tensões pretendem ser resolvidas pelo exercício da jurisdição constitucional que tutela a *soberania popular* com a preservação das condições procedimentais do exercício democrático e os *direitos fundamentais* pela proteção à manifestação da vontade da maioria. Não obstante as sociedades democráticas modernas são marcadas por um pluralismo de concepções religiosas, filosóficas e morais abrangentes, que mesmo sendo razoáveis e racionais, são incompatíveis entre si, como resultado normal do exercício da razão humana, de forma que não é possível extrair uma concepção de justiça política baseada na equidade. O desacordo moral razoável parece encontrar origem, portanto, na incompatibilidade de valores e entendimento incompleto sobre determinadas questões, que faz com que seja possível encontrar na sociedade, em questões sensíveis, argumentos com fundamento tanto favoráveis ou contrários para sustentar determinada posição. Em um contexto democrático, marcado pela *liberdade* e *igualdade* dos indivíduos, cabe às majorias legislativas respeitar os direitos fundamentais, através da garantia da preservação da *autonomia do indivíduo*, para desenvolver suas capacidades *morais* - de ter sua concepção de bem e de justiça – e as faculdades de *razão* – de juízo e de pensamento. Por efeito, veda-se que no exercício da conformação legislativa com a regulação dos preceitos constitucionais sejam realizadas *escolhas morais*, que inviabilizem a existência da pluralidade de concepções morais dos indivíduos, dentro do consenso mínimo veiculado pela Constituição. Da mesma forma, não significa que as questões sobre direitos devam sejam decididas por um Poder Judiciário, uma vez que resposta alcançada não será adequada, por não respeitar as capacidades morais e políticas dos cidadãos, bem como, não será a mais correta, em razão do desacordo moral existente no seio da comunidade. Sob tal viés adota-se como teste de hipótese o julgamento do RE 635.659/SP, de relatoria do Min. Gilmar Mendes, que discute a constitucionalidade do art. 28 da Lei n. 11.343/2006 e, portanto, do crime de porte ilegal de drogas para

consumo pessoal e suas respectivas penas onde a corte constitucional analisa a colisão entre bens constitucionais como a saúde pública e a intimidade e vida privada à luz da conformação legislativa produzida pela instância democrática. Sob tal viés, embora interrompido o julgamento apontou a maioria da corte no julgamento à tendência a considerar a criminalização uma intervenção demasiado drástica na esfera privada dos indivíduos e que a aplicação da sanção penal seria menos efetiva que a regulação pela saúde pública. Impondo balizas fáticas e jurídicas propôs dados ministros determinar que deveria ser relativizado o porte somente da maconha já que seu consumo pessoal seria afrontosa à própria autonomia individual e não prejudica direitos de terceiros não cabendo sofrer interferência já que corresponde à esfera de liberdade imune à intervenção do Estado. Neste sentido, sustenta como conclusão preliminar que a corte ao analisar a constitucionalidade do tipo penal previsto na lei de drogas ultrapassa os limites da jurisdição constitucional ao ignorar o desacordo moral razoável na sociedade acerca da liberação ou não das drogas – exteriorizada na própria existência de um tipo penal com sanção administrativa – e impõe uma concepção moral sobre as demais – inclusive, ao determinar ou destacar a maconha dentre as demais drogas – não contribuindo para o aperfeiçoamento da cidadania mediante o debate democrático não apenas no âmbito das esferas representativas, mas do controle social.

REVISÃO BIBLIOGRÁFICA PRELIMINAR:

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos e Garantias: La ley del mais débil*. 1 ed. Madrid: Trotta, 1999.

GALLACCI, Fernando Bernardi. *O STF e as Cláusulas Pétreas: O ônus argumentativo em prol da governabilidade?* São Paulo: SBDP, 2011.

GARAPON, Antonie. *O Juiz e a Democracia: O Guardião de Promessas*. Rio de Janeiro: Renavam, 1999.

GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. *Democracy and disagreement*. Cambridge: Harvard University Press, 2000.

HARBELE, Peter. *Estudios sobre la jurisdiccional constitucional*. México: Porrúa, 2005.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Judiciário, democracia e políticas públicas*. Revista de Informação Legislativa. ano 31. n. 122. Brasília: Senado Federal, maio-jul. 1994.

RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. 2 ed. São Paulo: Ática, 2000.

VITAL, Moreira. *Princípio da Maioria e Princípio da Constitucionalidade: Legitimidade e Limites da Justiça Constitucional* in: Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

WALDRON, Jeremy. *A Right-Bases Critique of Constitutional Rights* in *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 13, 1993.

44. CONSIDERAÇÕES SOBRE A INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA PREVISTA NO PROJETO DE LEI 156/2009

Kelvia de Oliveira Toledo¹

Larissa Rodrigues²

Palavras-chave: Investigação Defensiva. Paridade de armas. Provas.

O Projeto de Lei 156/2009 elaborado por uma comissão de juristas coordenada pelo Ministro Hamilton Carvalhido, do Superior Tribunal de Justiça, e adotado pelo Presidente do Senado Federal, foi votado e aprovado pela referida casa legislativa em Dezembro de 2010, encontrando-se atualmente na Comissão Especial da Câmara dos Deputados, que analisa propostas e realiza audiências públicas para a implementação do Novo Código de Processo Penal. Seu objetivo é promover uma reforma global do referido Código, acabando por inovar em alguns aspectos, mas mantendo o conservadorismo em outros. Uma dessas inovações trazidas pelo projeto do novo Código é a criação da investigação defensiva, regulamentada pelo artigo 13 que, em síntese, faculta ao investigado, por meio de seu advogado ou defensor público, tomar a iniciativa de identificar fontes de prova em favor de sua defesa, podendo inclusive entrevistar pessoas.

Nesse sentido, uma das finalidades da reforma é possibilitar o cumprimento da exigência constitucional da implementação de um sistema acusatório, bem como assegurar o contorno da frustração gerada pela crise do mecanismo brasileiro de persecução penal preliminar, pois, conforme assevera Malan, por mais que seja ampliativo o sistema de garantias da defesa, sua atuação na investigação preliminar sempre será pautada pela existência de uma autoridade estatal como legitimada para guiar as investigações, consubstanciando a desigualdade entre as partes. Assim, a

¹ Advogada. Professora da disciplina de Processo Penal da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora. Mestra em Direito pelo Programa de Pós- Graduação em Direito da Universidade Católica de Petrópolis (PPGD/UCP). Pós- Graduada em Ciências Penais pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Bacharela em Direito pelas Faculdades Integradas Vianna Júnior.

² Bacharelada em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora.

investigação defensiva busca romper com o modelo anterior e efetivar os princípios constitucionais da igualdade, do contraditório e da ampla defesa, culminando com uma verdadeira paridade de armas, tão almejada no Processo Penal.

Na fase preliminar de investigação, as partes já iniciam sua atuação em desigualdade, havendo uma tendência de favorecimento do Ministério Público que se desincumbe de emprestar seus atos de imparcialidade para promover a denúncia, o que, dessa forma, viola o princípio da presunção da inocência, da correta aplicação do ônus da prova e da possibilidade de participação da defesa na investigação. Isso posto, um sistema pautado na igualdade deve permitir que a defesa pesquise, com a mesma autonomia, atos que vão contrabalançar as fontes de prova colhidas pelo Ministério Público. Já em relação ao princípio do contraditório, a partir da investigação defensiva, o que se busca é proporcionar a oportunidade da defesa produzir sua prova, pois, caso existisse o contraditório pleno e efetivo, não haveria a necessidade de criação do instituto, na medida em que a defesa teria poder de influência sobre todas as provas colhidas durante a investigação. Assim, se propugna que haja o direito efetivo ao contraditório, de onde se desdobraria o direito da defesa de produzir e colher elementos de prova.

Nesse ponto, é importante consignar que o direito à investigação traduz um movimento de viabilidade quanto a propositura da ação penal, haja vista que tanto o juiz como as partes são destinatárias de suas atividades. Somente após a propositura da ação que as provas se direcionam à formação da convicção do magistrado. Portanto, o direito à investigação é autônomo e anterior ao processo. O referido dispositivo do projeto do novo Código de Processo Penal também veicula a possibilidade de que a produção da investigação defensiva seja inserida no processo e valorada como prova destinada ao convencimento do Juiz. Todavia, ao fazer a previsão, o projeto não esmiúça o tema, deixando uma lacuna capaz de acarretar controvérsias quando de sua aplicação. Um deles é identificado por Scarance Fernandes, que adverte sobre o valor probatório dos elementos obtidos pelo defensor e os obtidos pelos órgãos públicos, na medida em que a raiz inquisitorial do atual Código de Processo Penal gerou a crença de que os elementos reunidos pelo segundo gozam de maior credibilidade do que os colhidos pelo primeiro, que seriam dotados de menor valor probatório. Para resolvê-lo, o ordenamento brasileiro deveria se espelhar na regulamentação Italiana, que pugna pela equivalência da força

probatória entre o resultado da investigação defensiva e a investigação pública. Somente diante de uma previsão legal definida com base em critérios constitucionais e legais, a forma de execução e documentação dos atos da investigação defensiva, aliada a uma análise pelo defensor da equanimidade de tratamento dos elementos de prova na exteriorização das razões de convicções do magistrado, é que a problemática estaria solucionada.

Mesmo diante da ausência de referência no projeto, a investigação defensiva, enquanto desdobramento do direito de ação e do contraditório deve ser compreendida como uma prova a ser incluída no processo criminal, dotada do mesmo valor conferido aos elementos produzidos pela investigação policial e pelo Ministério Público, assegurando a paridade de armas das partes. Sustentar que os atos investigatórios do defensor têm valor reduzido em relação à investigação pública seria esvaziar o próprio instituto da investigação, já que a referida paridade somente é assegurada diante da igualdade entre acusação e defesa durante a participação das mesmas na persecução penal, de forma que ambas possam incorporar ao processo os materiais colhidos na fase pré-processual.

Inegável é, portanto, a importância e o avanço a ser proporcionado pela investigação preliminar no ordenamento pátrio, o que não significa que a matéria não mereça críticas, pois, apesar do principal objetivo do instituto seja viabilizar a pesquisa de fontes de prova pela defesa, parece que o projeto quis conter um pouco da atividade pelo acusado. O § 2º do artigo 13, a título de exemplificação, consigna que a vítima não poderá ser interpelada pela investigação defensiva sem que haja o seu consentimento e a autorização do juiz de garantias, limitando o acesso a uma importante fonte de prova, o que subverte a lógica empregada na Itália, onde a interferência do judiciário somente ocorre quando a fonte de informação se nega a prestar esclarecimentos. Ao revés, o § 1º do mesmo dispositivo, dispensa a autorização do juiz das garantias para a oitiva das testemunhas, que somente concederão entrevistas caso consentirem com o ato. Outrossim, o § 5º do dispositivo trabalhado apresenta uma outra lacuna ao instituto, pois disciplina a possibilidade do material produzido pelo defensor ser juntado aos autos do inquérito pela autoridade policial, mas silencia sobre a possibilidade da defesa encaminhar o material ao juiz das garantias.

Por derradeiro, urge salientar que a nova legislação também silenciou sobre a forma como a investigação defensiva deve fazer parte do processo, fazendo com que se propugne que o defensor, conforme sua estratégia de defesa, revele o resultado de sua investigação à autoridade judiciária. Durante a investigação seria formado um “fascículo” do defensor, mantido em sigilo até a conclusão da fase preliminar, ocasião em que seria apensado à investigação pública, podendo vir, inclusive, a evitar a instauração de uma ação penal. Entretanto, uma vez instaurada, o material apresentado pelo defensor deve ser submetido ao contraditório, para que se seja inserido à fase processual.

Diante de todos os pontos apresentados, pode-se concluir que, apesar do notório avanço da inserção da matéria no ordenamento tupiniquim, ao deixar de pormenorizar as questões acessórias da investigação defensiva, o projeto deixou notórias lacunas, o que, caso mantido nesses moldes, exigirá uma exegese minuciosa dos operadores do Direito acerca de possíveis soluções para os problemas aqui suscitados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

MALAN. Diogo. Investigação defensiva no Processo Penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 96, 2012, p. 279-309.

Notícia veiculada no site da Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/506670-COMISSAO-DO-NOVO-CODIGO-DE-PROCESSO-PENAL-RECEBE-PRIMEIRAS-SUGESTOES-AO-PROJETO.html>>. Acesso em: 17 nov. 2016.

Novo Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=85509&tp=1>. Acesso em 10 de Novembro de 2016.

SCARANCE, FERNANDES. Antônio. Teoria Geral do Procedimento e o Procedimento no Processo Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

45.A JUSTIÇA PENAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Kelvia de Oliveira Toledo¹

Larissa Rodrigues²

Palavras-chave: Justiça Penal. Mídia. Funcionalização do Direito Penal.

A sociedade contemporânea traz em seu bojo a conquista de um Estado que, além de organizar e velar pelo bom e correto funcionamento do organismo social e da própria máquina estatal, é Democrático, pois considera, estimula e delimita a participação e a integração popular nos Poderes da República, e é de Direito, na medida em que fundado na Constituição, Lei Fundamental que regula e disciplina o poder, garantindo os direitos individuais através do postulado da Dignidade da Pessoa Humana. Assim, embora a legitimidade na história do Direito Penal tenha seguido uma vagarosa jornada, sob a égide da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ela guarda perfeita e estreita relação com o Estado Democrático de Direito, na medida em que a legitimidade não pode perdurar ante a inexistência de uma ordem jurídica e social que seja garantidora da sociedade. Portanto, é somente nesse contexto que pode existir o Direito Penal, com sua finalidade última de garantia e reafirmação da coexistência social, operacionalizada mediante a proteção do indivíduo contra o arbítrio do Estado e seus excessos. Dessa forma, o Direito Penal será legítimo na exata medida em que, efetivamente, cumpra sua finalidade.

Todavia, é neste ponto que se inicia a celeuma, pois a tutela penal encontra alguns paradoxos na sociedade atual. Nesse ínterim, urge salientar que o processo de democratização vivido pela sociedade nos últimos tempos trouxe uma forte tendência da sociedade em se interessar por assuntos públicos, tais como o crime e a insegurança pública. Conforme assinala Émile Durkheim, no final do século XIX, um

¹ Advogada. Professora da disciplina de Processo Penal da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora. Mestra em Direito pelo Programa de Pós- Graduação em Direito da Universidade Católica de Petrópolis (PPGD/UCP). Pós- Graduada em Ciências Penais pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Bacharela em Direito pelas Faculdades Integradas Vianna Júnior.

²Bacharelada em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora.

comportamento seria considerado como crime, quando contrariasse a consciência coletiva. Assim, os indivíduos que desejassem participar da vida pública, deveriam se interessar por esse assunto coletivo de suma importância, entendido como uma questão política fundamental, na medida em que ao Estado é cedido o direito de punir. Pelo fato de no Estado Democrático o soberano ser representado pela vontade dos cidadãos, é cada vez maior o interesse popular pela gestão judicial das temáticas do crime e da segurança pública, fazendo com que a Justiça Penal seja também democratizada.

O problema surge quando essa democratização começa a ser deturpada pela ação da própria sociedade, que converte o Judiciário no *locus* privilegiado para as manifestações democráticas, em prejuízo do sistema político. No âmbito da Justiça Penal, essas paixões levam a algumas contradições: a Justiça torna-se um contrapoder, pois é vista como contestadora e garantidora da efetivação de direitos; enquanto, por outro lado, ela se transforma em um espaço de vingança, onde os delitos são explorados de forma a ensejar uma política de combater o crime. A partir daí, a Justiça Penal se depara com uma consciência coletiva transformada pela aclamação por vingança e a indignação somatizada com a manipulação e dramatização da mídia, que se assemelha mais com a vítima do que com os direitos do ofensor.

O resultado de todo esse cenário é a criação de uma verdadeira sociedade do espetáculo, em que a opinião pública é influenciada pela linguagem avassaladora, comovente e sensacionalista da mídia que valoriza a violência e o interesse pelo crime e pela Justiça Penal, além de veicular notícias com cargas tão emotivas capazes de formar personagens e estereótipos. Isso porque a mensagem sensacionalista não se preocupa em garantir informação de qualidade, mas em vender cada vez mais, deturpando o pensamento das pessoas, que internalizam os casos de violência como calamidades sociais. Sob esse prisma, a imprensa acaba por legitimar políticas criminais que violam princípios basilares do Estado Democrático de Direito, endossada pela opinião pública que passa a clamar dos Juízes e dos Tribunais um verdadeiro empreendimento de uma política criminal retributiva calcada em juízos irracionais e desrespeito a certos valores. Assim, a imparcialidade, um dos pilares da aplicação da Justiça, é deixada de lado, na medida em que não há uma dissociação

da emoção dos acontecimentos, comprometendo a decisão final do caso concreto, que não mais será justa.

Conforme ensina Garapon, é neste cenário do espetáculo que cria a “diabolização” do agressor e a necessidade de sempre encontrar um culpado para as tragédias humanas. A Justiça, portanto, diante de tamanho clamor social, se encontra em um patamar de coação, vendo-se, muitas vezes, pressionada a violar alguns direitos fundamentais, a fim de conferir o sentimento de justiça e segurança aos cidadãos.

Por conseguinte, urge salientar uma outra questão decorrente dos paradoxos da aplicação da Justiça Penal, consistente na funcionalidade do sistema punitivo, ou seja, a tutela penal é instrumentalizada para o controle dos comportamentos criminosos e oferecida como respostas às transformações sociais. É a maximização da capacidade funcional do Direito Penal, que oferece, enganosamente, perspectivas de soluções de problemas de forma imediata, o que não reflete a realidade e termina por violar garantias tradicionais. O panorama que se tem na contemporaneidade, portanto, é de um movimento de respostas aos anseios da opinião pública e da mídia, o que leva a Justiça a considerar o delinquente como um inimigo da sociedade, e não como um sujeito detentor de direitos. Assim, ao invés do Direito Penal do Cidadão, o judiciário passa a aplicar o Direito Penal do inimigo.

Ainda é possível destacar outro fator paradoxal: a democratização transformou a Justiça Penal em instância resolutória de conflitos, por excelência, pois, para os cidadãos, ela se torna uma opção disponível diante do fracasso dos outros meios de regulamentação, produzindo um sentimento de segurança e de estabilização dos conflitos. Contudo, essa distorção do Judiciário como guardião das promessas democráticas e emancipatórias ainda não realizadas, não tem o efeito desejado pois o sistema político interpreta as demandas sociais como o clamor por mais proteção de retribuição, levando a criação de novos tipos penais, ao agravamento dos que já existem e a restrição das garantias individuais. Deste modo o legislador busca resolver os problemas sociais mediante o recrudescimento do sistema penal, o que não soluciona as reais demandas necessárias e acaba por restringir o âmbito de atuação dos direitos e garantias fundamentais.

Diante de todo o problema exposto, conclui-se que, mesmo garantida pela Constituição Federal de 1988, a liberdade de informar não pode desconsiderar a conjuntura do ordenamento jurídico previsto no mesmo diploma. Para que a liberdade de informação não passe a tolir direitos e garantias fundamentais essenciais à Justiça Penal, é preciso que as notícias sejam exploradas de forma cautelosa, ao passo que todos os cidadãos, incluídos os componentes do Judiciário, devem ter uma posição mais crítica diante das informações recebidas, enquanto se despem da visão de que os acusados são os inimigos da sociedade e passem a enxergá-los como seus iguais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)*. In: _____ (Org.). *A nova interpretação constitucional – Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BATISTA, NILO. *Mídia e sistema penal no capitalismo tardio. Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade*. In: Instituto Carioca de Criminologia, ano 7, ne 12. Rio de Janeiro: Revan, 202.

BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. *Introdução ao Direito Penal. Fundamentos para um Sistema Penal Democrático*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2007.

CARVALHO, Salo de. *O Papel dos Atores do Sistema Penal na Era do Punitivismo (O Exemplo Privilegiado da Aplicação da Pena)*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.

DURKHEIN, E. *Da divisão do trabalho social*. 2. ed. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

HOBBS, Thomas. *De Cive: elementos filosóficos a respeito do cidadão*. Trad. Ingeborg Soler. Petrópolis: Vozes, 1993.

GARAPON, A. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. 2. ed. Trad. Maria Luiza Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 2001. p. 104.

MUÑOS CONDE, Francisco. *De Nuevo sobre el Derecho Penal Del Enemigo*. 2. ed.
Buenos Aires: Hammurabi, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo:
Malheiros, 2002.

46.A VIDA AGRÁRIA BRASILEIRA E O HISTÓRICO DO MST EM GOVERNADOR VALADARES/MG¹

Adamo Dias Alves²

Hellen Louzada Eler³

Críscila Cristina Ramos⁴

Palavras-chave: Histórico, MST, Direitos Humanos.

Um breve histórico sobre a terra

A Reforma Agrária sempre esteve muito voltada para o problema da concentração da propriedade de terra e a discussão que gira em torno dela ganha grande relevância na abertura de novos caminhos que levem o nosso país a emancipação e ao progresso.

Quanto ao surgimento da questão agrária muitos a atribui a lei das sesmarias. A medida de reforma agrária teria se constituído com o rei de Portugal, Dom Fernando I, em 1375, que assegurava o rei redistribuir as terras devolutas, abandonadas ou incultas, com intuito de combater a crise de abastecimento a qual passava o reino. Esse mesmo regime de sesmarias foi implantado no Brasil, o que ocorreu principalmente nos séculos XVI e XVII.

Vale ressaltar que, como afirma, Martins em seu artigo *A reforma agrária no segundo mandato de Fernando Henrique Cardoso*, “o latifúndio brasileiro não nasceu

¹Trabalho desenvolvido a partir de estudos integrados do Centro de Referência em Direitos Humanos do Curso de Direito da UFJF – Campus GV

²Doutor e Mestre em Direito pela UFMG. Professor do Curso de Direito da UFJF- campus Governador Valadares. Coordenador do projeto de extensão Centro de Referência em Direitos Humanos do curso de Direito da UFJF- campus Governador Valadares. E-mail: adamo.alves@ufjf.edu.br

³Graduanda em Direito pela UFJF-GV. Discente bolsista do projeto de extensão Centro de Referência em Direitos Humanos do curso de Direito da UFJF- campus Governador Valadares E-mail: hellenleler@gmail.com

⁴Graduanda em Direito pela UFJF-GV. Discente voluntária do projeto de extensão Centro de Referência em Direitos Humanos do curso de Direito da UFJF- campus Governador Valadares E-mail: criscilaramos@hotmail.com

da lei de sesmarias nem, obviamente, das capitânicas hereditárias. Nasceu do regime de escravidão e da interdição do acesso livre à terra por parte de quem não fosse puro de sangue, branco, e puro de fé, católico. Se não fossem a escravidão e as interdições estamentais da sociedade da época, o regime sesmarial teria criado um Brasil bem diverso deste que herdamos e conhecemos”. (Martins, 2003,p. 147).

O regime das sesmarias no Brasil não teve o mesmo resultado que em Portugal e isso decorre do fato de que entre metrópole e colônia existe grandes diferenças e que por isso deveria levar em consideração as peculiaridades da colônia, como a sua grande extensão e a dificuldade de implementar uma administração que realmente funcione. Essa Lei de Terras de 1850 tem o Estado brasileiro instituindo a propriedade fundiária privada e plena, visando impedir os futuros ex-trabalhadores escravizados, que libertos, pudessem se transformar em camponeses, já que com a propriedade agora sendo privada, os ex-escravos não teriam como comprar as terras. A submissão continuaria, mas agora mascarada com a definição de trabalhadores assalariados.

Stedile(2011) escreve que o camponato se deu em duas vertentes. A primeira trouxe quase dois milhões de camponeses pobres da Europa, para habitar e trabalhar na agricultura e a segunda, formada pela população mestiça que não se submetia ao trabalho escravo. Eram trabalhadores pobres, e não capitalistas, que impedidos pela Lei de Terra de 1850 de se transformar em pequenos proprietários, começaram a ir para o interior do país, fazendo nascer o camponês brasileiro e suas comunidades (Stedile, 2011, p. 26,27).

Após seu surgimento no percurso até os dias atuais, a questão agrária ganhou grande força e espaço até mesmo no cenário político, mas vale ressaltar que quanto ao espaço no campo político, muitos autores acreditam que isso em vez de fortalecer o movimento, o enfraquece, pois, geralmente, abandonam os principais ideais do movimento.

É importante, ainda, sempre trazer a lembrança a História do sistema latifundiário brasileiro, de forma que, nunca seja esquecida a necessidade de se lutar por mudanças e reformas na estrutura agrária.

O histórico da terra em Governador Valadares

Borges relata que as autoridades metropolitanas, entre o final do século XVIII e início do século XIX, diante uma alarmante redução da produção agrícola, programaram inúmeros incentivos aos agricultores do sertão do leste (atual Vale de Jequitinhonha, Zona da Mata mineira e Vale do Rio Doce), que até então era "inabitada"⁵.

Foram muitos os incentivos da coroa, como isenções de pagamento de dízimos por dez anos e moratória de seis anos aos devedores da Fazenda Real, além de facultado o uso do trabalho indígena e concessão de sesmarias na região. Isso levou ao surgimento de lutas entre os novos donos da terra, os sesmeiros, e os que lá já se achavam instalados, os posseiros (Borges, 2004, p.306).

Os conflitos, as mobilizações dos camponeses começaram a ganhar espaço e a incomodar os grandes fazendeiros da região, que, posteriormente, aliando a indústria, começou a tratar as resistências como casos de política. O fato é que enquanto "as terras para os fazendeiros significariam a possibilidade de enriquecimento fácil e rápido, para os indivíduos egressos do universo camponês, aquelas terras e sua fertilidade significava a possibilidade de deixar para trás uma vida de empregado rural para se tornar um pequeno proprietário. Dedicar-se a agricultura, no universo camponês, é sinônimo de terra, de fartura e felicidade." (Borgues, 2004, p. 308).

Passaram-se anos de impunidade e cresceu, com esse cenário, o número de pessoas que testemunhavam a injustiça social, o que marcou a história e a luta daquilo que ficou conhecido como MST (Movimento Sem Terra). Hoje essa luta ainda se faz necessária, pois as dificuldades não se encontram tão distante daquela que levou a organização do movimento, e um exemplo prático, nos dias de hoje, na região, é o acampamento Padre Gino.

Acampamento Padre Gino

Localizado no município de Frei Inocência, o acampamento Padre Gino se iniciou em 2002 quando 600 famílias sem-terra ocuparam, em 100 hectares, a Fazenda Eldorado. De acordo com os relatos dos acampados, muito já ocorreu no

⁵ Ignoravam a existência de grupos indígenas que tinham na região seu habitat natural.

decorrer desses 14 anos de luta, houve sérias infrações a Direitos Fundamentais e Humanos.

Relata-se que em 2002, durante a negociação para uma possível venda do imóvel, ficou acordado entre as partes que os acampantes, ou seja, 600 famílias, deveriam ser despejadas. Diante tal situação, as famílias se viram obrigadas a se instalarem a beira da BR-116. Devido a falha e fim das tratativas, as famílias voltaram ocupar a fazenda, no entanto, a sede estava tomada por pistoleiros, tinham o intuito de intimidar e expulsar as famílias da área.

O acampamento foi alvo de 12 despejos, sendo o de 2008 o mais severo. Na ocasião havia na localidade construções de alvenaria, como casas, igreja, escola e posto de saúde, bem como um galpão na qual criavam aproximadamente duas mil aves. Muitas famílias não conseguiram retirar seus pertences a tempo, máquinas derrubaram todo acampamento. Toda a área produtiva foi destruída durante a ação de despejo.

Em 2013, após longo tempo à beira da BR-116, as famílias retornaram ao acampamento e fizeram um acordo verbal com os arrendatários, o acordo limitava 20 ha. de terra para os acampados. Ocorre que esse imóvel foi para o espólio de outro herdeiro, havendo então um risco eminente de um novo despejo.

Hoje ele é composto por 51 (cinquenta e uma) famílias, em um acampamento de 20 ha. já consolidado e lutam constantemente para se manterem na área ocupada.

O acampamento formou e fundou sua cultura, história, influência, significado e prestígio na região. São produzidos no referido acampamento diversos gêneros alimentícios, bem como a criação de animais, produtos estes que são comercializados nas feiras das cidades, abastecendo as cidades da região.

Após ser solicitado, o Centro de Referência em Direitos Humanos do Curso de Direito da UFJF – Campus GV realiza constantes ações de orientação acerca da existência e defesa dos direitos dos acampados, além da organização de atividades educativas e de capacitação. Essas atividades são ações centrais esperadas por todo Centro de Referência em Direitos Humanos, conforme previsto no Plano Nacional de Direitos Humanos nº 3, PNDH-3.

A comunidade local não desfruta de outro lugar para habitar. Encontram-se, mais uma vez, sucessíveis a novos episódios como os já relatados, mas dessa vez, por decisão judicial, sem a possibilidade de acamparem à beira da BR-116. Diante a presente situação, percebe-se a necessidade de um progressivo trabalho junto ao acampamento, prestar consultorias, levantar dados, para garantir aos indivíduos seus Direitos mais básicos.

Referências

ALMEIDA, Jurandi Albino de, **entrevista concedida por um acampado do Padre Gino**, Minas Gerais, Governador Valadares, 2016.

BORGES, Maria Eliza Linhares. **Representações do universo rural e luta pela reforma agrária no Leste de Minas Gerais**. Revista Brasileira de História. São Paulo, v. 24, nº7, p. 303-326, 2004.

MARTINS, José de Souza. **A reforma agrária no segundo mandato de Fernando Henrique Cardoso**. Tempo Social. São Paulo. vol.15, no.2, p. 141-175, Nov. 2003

STEDILE, João Pedro, **A QUESTÃO AGRÁRIA DO BRASIL – o debate tradicional 1500-1960**, São Paulo, Editora Expressão Popular, 2ª edição, 2011.

47.

DILEMAS ÉTICOS DO DGPI

Kalline Carvalho Gonçalves Eler

Marco Túlio Pires de Oliveira

Palavras-chave: DGPI; eugenia; manipulação genética.

O Diagnóstico Genético Pré-implantação (DGPI) consiste em um método de análise genética que, combinado com meios de reprodução assistida, impõe um padrão na transferência de embriões para o útero da mãe, de modo que somente aqueles que possuem determinadas qualidades genéticas serão de fato transferidos.

Ter filhos é uma decisão complexa, agravada pela incerteza dos pais acerca da saúde do bebê, sobretudo quando há riscos de uma herança genética comprometida. Nesse sentido, o DGPI certifica que o bebê esperado será saudável. O rol de doenças passíveis de serem afastadas é extenso, sendo Alzheimer, câncer de cólon, câncer de mama, distrofia muscular, Huntington e polineuropatia amiloidótica familiar (doença dos pezinhos) apenas as principais. As inovações proporcionadas por essa técnica estimulam, assim, principalmente os casais de alto risco reprodutivo a procurarem clínicas especializadas na medida em que, no preço certo, cessarão as interrupções na gravidez ocasionadas por distúrbios genético do feto, traumáticas e muitas vezes habituais; e o legítimo desejo de perpetuação da espécie terá resposta e conforto.

Mais que uma mudança na sociedade, o DGPI se apresenta como sendo a afirmação de um alto patamar científico-tecnológico atingido. Contudo, como sinaliza Habermas (2010, p.34), ao lado de toda tecnologia nova surge a necessidade de regulamentação.

Entre práticas de análise genética e meios de reprodução assistida, existe um vínculo de dependência, reconhecido por Correa e Diniz (2000, p.4). Logo, as respectivas normas devem ser congruentes. Embora tenham se desenvolvido de forma similar ao redor do mundo, em razão do intercâmbio de conhecimentos e profissionais, as novas tecnologias reprodutivas ainda se mantêm sobre certa

intangibilidade. Seus vetores têm alta difusão pela mídia, ao passo que os controles político e jurídicôn são pormenorizados.

No Brasil, apenas um ato normativo dispõe sobre a matéria: trata-se da Resolução nº 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina (CFM). Enquanto órgão definidor dos preceitos da ética médica, isto é, das regras de conduta para o exercício da medicina, o CFM, a princípio, não teria legitimidade social para dispor acerca de questões que, em muito, ultrapassam o âmbito do exercício da medicina.

Atos editados pelos Conselhos Profissionais devem vincular somente seus destinatários. O Código de Ética da Magistratura, por exemplo, destina-se aos magistrados, o Estatuto da OAB, por sua vez, é destinado aos advogados e assim sucessivamente. No entanto, verifica-se, em várias resoluções editadas pelo CF tratando das técnicas de reprodução, a estipulação de deveres e direitos para os usuários dos serviços, de modo que as regras de conduta profissional dos médicos tornaram-se parâmetros morais de julgamento para os casos de conflito.

A Resolução 2.121/2015 do CFM é *sui generis*. Surge de um vácuo legislativo, e da premente necessidade de regulação. Acaba por obrigar médicos, geneticistas, pacientes e equipes clínicas; tendo força de lei e colocando o princípio democrático em cheque, uma vez que não foi objeto de deliberação do Congresso.

Diante da importância dos bens jurídicos em jogo, a saber, dignidade humana e vida, causa perplexidade a ausência de uma regulamentação jurídica mais concisa das técnicas de reprodução assistida. A ausência de leis para a regulamentação das técnicas de reprodução assistida acaba por abandonar a questão ao crivo exclusivo do saber médico deixando de fora a influência de outros conhecimentos como a psicologia, a antropologia, a filosofia e até a própria ciência do direito. Não se verifica, na atualidade, um incentivo ao debate democrático e toda a matéria encontra-se regulada apenas pelas resoluções que são emitidas pelo Conselho Federal de Medicina (CFM). Neste contexto, pergunta-se: Haverá espaço para os demais saberes, para o Direito, a Moral e a Religião?

Ao contrário de países como Alemanha, que tem um regramento restritivo, devido às particularidades de um passado marcado por abusos contra os direitos humanos, o Brasil tem regras permissivas e, simultaneamente, contraditórias.

Inicialmente, a Resolução 2.121/2015 parece vanguardista: admite que pares homoafetivos e pessoas solteiras gozem das técnicas de reprodução assistida, respeitando eventual objeção de consciência por parte do médico. A inclusão desses sujeitos é uma resposta à pluralidade e equidade dos projetos de vida boa, e marca a superação de um modelo conservador. Ainda, a referida norma preocupa-se em atenuar a assimetria de informação entre médicos e pacientes, e zelar pela segurança e eficácia dos procedimentos, bem como pela harmonia destes com princípios éticos. Por isso, ordena a exposição detalhada de todos os aspectos relativos à reprodução assistida, limita a quantidade de embriões a serem transferidos de acordo com a idade da mulher, e proíbe qualquer onerosidade na doação de gametas ou embriões.

Quanto ao DGPI, há autorização mediante ressalvas. Não se pode escolher o sexo do bebê, tampouco características que sejam estranhas ao afastamento de doenças. Essas restrições fazem alusão à dualidade habermasiana de eugenias, na qual positiva é aquela pautada exclusivamente na neutralização de disfunções, e negativa aquela que implica no aprimoramento de qualidades biológicas e estéticas da pessoa. Dessa correspondência, percebe-se uma vedação a eugenia negativa no Brasil. Não obstante, o próprio Habermas (2010, p.29) revela o quão delicado é distinguir a seleção de fatores hereditários indesejáveis do aperfeiçoamento de fatores desejáveis. Ao longo da vida, um indivíduo ciente de que nunca padecerá do progressivo enfraquecimento dos músculos, por exemplo, não pertenceria a um grupo superior em relação aos demais, suscetíveis à distrofia muscular? Questiona-se: não se estaria diante de uma supressão meramente formal? A escolha do material genético pode ser tida como uma extensão da liberdade de reprodução dos pais?

Paulatinamente, o mencionado desejo de perpetuação da espécie é subvertido. As novas tecnologias reprodutivas não mais se destinam a dar um filho a quem não pode tê-lo em condições naturais, e sim a entregar um filho de boa qualidade, como denuncia Andorno (1994, p. 321). Para tanto, em seus ofícios, os geneticistas agem como operários de uma fábrica verificando a viabilidade de um produto, e o montando conforme a encomenda. Nessa ótica, a espera pela chegada do bebê equivale a expectativa que os homens têm quando compram um carro personalizado. Da mesma maneira que a mercadoria danificada não chega às mãos do consumidor, os embriões cuja vitalidade é insuficiente não são implantados no

útero da mãe. Descarte ou doação para pesquisa são os possíveis fins dados a eles, respaldados pela mesma norma que aceita a criopreservação.

Precursor do DGPI, Mark Hughes associa a gravidez convencional ao que chama de loteria genética, e defende que, dada a inexistência de cura para determinadas doenças, nada mais compreensível que impedir a manifestação destas. Considerando que o cerne dessa prática reside na triagem de embriões, indaga-se: Quantos deverão ser gerados até que se obtenha um com a qualidade desejada?

O desígnio é irrelevante. Seja pessoa, como Andorno (1994) adota, ou uma vida pré-pessoal socializando por antecipação, a sociedade tem deveres morais e jurídicos tocantes ao embrião (HABERMAS, 2010, p.51). Essa proteção decorre não só do estado vulnerável deste, mas da dignidade da vida humana. Desconsiderar um embrião que tenha em seus genes predisposição ao mal de Parkinson iguala-se a negar tratamento a uma pessoa adulta portadora dessa mesma enfermidade, e negligenciara possibilidade de minoração de efeitos por parte do sujeito que venha a nascer?

A manipulação genética pode levar à instrumentalização da vida. Isso pode ser observado na admissibilidade de “bebês-medicamento”, desenhados em laboratórios com o propósito de servir a um irmão debilitado com o transplante de células-tronco. Condicionar a existência de alguém a prioridades de terceiros pode ser decisivo em suas deliberações no decurso do tempo, e no reconhecimento alheio? Teriam os “bebês-medicamento” e os indivíduos submetidos ao DGPI autonomia e individualidade plenas? Como enxergariam aqueles que nasceram da loteria genética? É compatível com o princípio dignidade humana ser gerado mediante ressalva e, somente após um exame genético ser considerado digno de uma existência e de um desenvolvimento?

Todas essas questões levantadas suscitam à dúvida primordial que justifica o presente trabalho: “podemos dispor livremente da vida humana para fins de seleção?” (HABERMAS, 2010, p. 29).

A princípio, entende-se que não se deve condenar em absoluto o DGPI e as novas tecnologias reprodutivas, como em uma caverna platônica. Deve-se, ao contrário, trabalhar num viés multidisciplinar, tomando a precaução de não incorrer

no risco de uma eugenia liberal, em que as fronteiras entre positividade e negatividade são relativizadas.

REFERÊNCIAS:

ANDORNO, Roberto. **El derecho frente a la nueva eugenesia: la seleccion de embriones in vitro**. Revista Chilena de Derecho, Vol. 21 N°2, pp. 321-328 (1994).

CORREA, Marilena; DINIZ, Débora. **Novas tecnologias reprodutivas no Brasil: Um debate a espera de Regulação**. In: Carneiro F. & Emerick (Orgs.) LIMITE – A Ética e o Debate Jurídico sobre Acesso e Uso do Genoma Humano, Rio de Janeiro, FIOCRUZ, 2000.

Genesis Genetics. **UltraPGD – Doenças Gênicas**. Disponível em: <<http://www.genesisgenetics.com.br/pgd-pcr/>>. Acesso em 15 nov. 2016.

HABERMAS, Jürgen. **O futuro da natureza humana: a caminho de uma eugenia liberal?** 2ªed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

48. CONSIDERAÇÕES SOBRE DIREITO PREVENTIVO E CONTRATO DE FRANQUIA¹

Fernando Guilhon Castro²

Lídia Carolina Delage Fonseca³

Igor Magalhães Queiroz⁴

Palavras-chaves: contrato de franquia; consultoria jurídica; direito preventivo.

O presente trabalho tem como escopo a apresentação do serviço de consultoria jurídica personalizada oferecido pela Colucci Consultoria Jurídica Júnior, empresa júnior da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como forma de prevenção de conflitos no âmbito do contrato de franquia e suas peculiaridades.

O Direito é corriqueiramente visto como um remédio, visto que é empregado para solucionar um litígio já existente. Todavia, tal perspectiva tem sofrido alterações devido, principalmente, à sobrecarga do Poder Judiciário, o que implica longa duração dos processos e, por conseguinte, longa espera para se obter alguma solução. Neste contexto, surge o Direito Preventivo, atuando não como um remédio, mas sim como uma vacina a fim de prevenir conflitos.

Tal concepção preventiva do Direito norteia o trabalho desenvolvido pela Colucci Consultoria Jurídica Júnior. Trata-se, pois, de uma associação civil construída e gerenciada por alunos da graduação que se comprometem a prestar consultoria e

¹ Trabalho realizado no âmbito de atuação da empresa júnior Colucci Consultoria Jurídica Júnior, projeto de extensão da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora. O projeto contou imprescindível colaboração apoio do então Diretor de Projetos da Colucci, Gevalmir Facioli Carneiro, a quem faz-se aqui menção honrosa.

² Docente da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora e professor orientador da Colucci Consultoria Jurídica Júnior.

³ Graduanda da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora e ex-membro da Colucci Consultoria Jurídica Júnior.

⁴ Graduando da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora e ex-membro da Colucci Consultoria Jurídica Júnior.

assessoria jurídica para empresas. A Colucci aplica o Direito Preventivo ao estudar quais os meios mais adequados de se evitar problemas no Judiciário (assessoria) e ao prestar esclarecimentos sobre a interpretação e a aplicação de leis (consultoria).

Um dos serviços prestados pela empresa júnior consiste na elaboração de pareceres. Parecer jurídico é um documento que contém informações técnicas sobre determinado tema que gera dúvidas no cliente. Portanto, o parecer é uma orientação fundamentada na doutrina, na jurisprudência e na lei, e que aponta o melhor caminho legal a ser seguido pelo empresário frente a uma decisão importante que ele terá que tomar.

No ano de 2016, a Colucci Júnior foi contratada para a elaboração de um parecer a respeito da cláusula de não concorrência em um contrato de franquias. Tal serviço demandou por parte dos membros responsáveis um estudo detalhado sobre franchising. Os marcos teóricos escolhidos foram Alberto Lopes Rosa e Enzo Baiocchi. O projeto envolveu ainda a análise da Lei nº8955/94 (Lei de Franquias) e pesquisas na jurisprudência pátria.

Segundo artigo 2º da Lei nº8955/94, franquia empresarial é o sistema pelo qual franqueador cede ao franqueado o direito de uso de marca ou patente, associado ao direito de distribuição exclusiva ou semiexclusiva de produtos ou serviços e, eventualmente, também ao direito de uso de tecnologia de implantação e administração de negócio ou sistema operacional desenvolvido ou detidos pelo franqueador, mediante remuneração direta ou indireta, sem que, no entanto, fique caracterizado vínculo empregatício.

O contrato de franquia é bilateral e consensual (depende de vontade mútua para alterações), oneroso (envolve valores patrimoniais), formal e solene (disciplinado em lei). Por conseguinte, é uma manifestação de vontade de ambas as partes de firmar vínculo empresarial de forma tal que o franqueado usará das técnicas de negócios e conhecimento cedidos pela franqueadora, bem como sua marca, sem que haja vínculo empregatício (trabalhista) ou direitos reais (de propriedade intelectual ou industrial) sobre os produtos e processos. Os Tribunais Superiores entendem franquia como um contrato autônomo e complexo, ou seja, não se trata de uma simples fusão de vários contratos, mas sim de um sistema (conforme a letra da lei).

Insta dizer que o legislador de 1994 mostrou-se claramente favorável ao franqueador, deixando à sua discricionariedade a determinação de diversos termos a ser contratados, entre eles o disposto no Art. 3º, inciso XIV, alíneas “a” e “b”.

Art. 3º Sempre que o franqueador tiver interesse na implantação de sistema de franquia empresarial, deverá fornecer ao interessado em tornar-se franqueado uma circular de oferta de franquia, por escrito e em linguagem clara e acessível, contendo obrigatoriamente as seguintes informações: (...) XIV - situação do franqueado, após a expiração do contrato de franquia, em relação a:

- a) know how ou segredo de indústria a que venha a ter acesso em função da franquia; e
- b) implantação de atividade concorrente da atividade do franqueador;(grifo nosso)

Em outras palavras, cabe ao franqueador dispor sobre a situação do franqueado após o fim do contrato, observando as disposições da lei vigente.

No âmbito doutrinário, Alberto Lopes Rosa afirma existir um “desequilíbrio congênito” na relação entre franqueador e franqueado. Isso ocorre em virtude de, em regra, aquele deter posição econômica superior a este, de forma que o franqueado se submete a regras contratuais impostas pelo franqueador, como a cláusula temporal de não concorrência, objeto de análise do parecer contratado. Pode-se, então, notar que o franqueado detém uma “autonomia relativa”, nos termos de Enzo Baiocchi.

Para melhor compreender o vínculo existente na franquia, os alunos valeram-se da hermenêutica constitucional, buscando, através da interpretação sistemática do Direito, conhecer melhor o contexto em que essa relação está inserida. Notou-se que o advento da Carta Magna de 1988 e a conseqüente força normativa adquirida pelos direitos fundamentais (tanto individuais quanto coletivos) implicaram uma mudança de olhar sobre o Direito Contratual. Se antes vigorava, principalmente, a função econômica dos contratos e a autonomia das partes; atualmente, preocupa-se com a função social do contrato (art. 421, Código Civil) e com a observância da boa-fé objetiva (art. 422, Código Civil). Dessa maneira, os contratos, ainda que

oriundos de uma relação privada, devem observar os interesses da sociedade como um todo, atentando para seus reflexos no corpo social.

No que tange à boa-fé objetiva, é necessário destacar primeiramente a diferença entre boa-fé objetiva e boa-fé subjetiva. A primeira consiste-se em normas de conduta que, por sua vez, configuram deveres laterais, como o dever de informar verificado já na fase pré-contratual de elaboração do Circular de Oferta de Franquia (COF); enquanto a segunda relaciona-se com a própria ética, com a boa-fé íntima, com a conduta proba e pessoal, sempre balizada no ordenamento jurídico

Sendo assim, embora em uma relação desarmoniosa, o franqueado beneficia-se do “engineering, do management e do marketing” (ALBERTO LOPES ROSA) providos pelo franqueador, devendo considerar a função econômica aliada à função social do contrato e também o princípio da boa-fé objetiva. Em outras palavras, o franqueado recebe o “produto subordinante” (marca e know-how licenciados) e o “produto subordinado” (insumos indispensáveis à operação de franquia) do franqueador, aproveitando-se da consolidação no mercado já alcançada pela marca (ENZO BAIOCCHI, 2008).

Entende-se, portanto, que mesmo havendo aparente desequilíbrio entre as partes contratantes, a doutrina julga esta uma relação de benefício para ambas, invocando princípios norteadores como boa-fé objetiva e a função econômica e social do contrato.

Quanto ao entendimento jurisprudencial, verifica-se que, embora não uníssono, ele é consistente no que diz respeito ao descumprimento da cláusula de não concorrência no contrato de franquia. Havendo lastro probatório suficiente que ligue a atividade comercial do franqueado àquela exercida pela franqueadora, esta poderá provocar o judiciário e lograr, além da multa prevista contratualmente, indenização por danos materiais e morais causados pela concorrência desleal promovida pelo inadimplemento da cláusula supramencionada. Tal ligação poderá ser suscitada por conta da verossimilhança entre os nomes das marcas, da proximidade do local de exercício da atividade empresarial ou dos produtos comercializados.

É válido ainda ressaltar que, em nenhum dos acórdãos analisados para a elaboração do parecer a cláusula foi considerada abusiva; a improcedência, quando ocorria, se dava por ausência de provas inequívocas capazes de originar decisão

favorável sem que houvesse jurisdição exauriente, bem como que alguns julgados mencionam a prática de concorrência desleal, o que pode inclusive ser remetido ao Ministério Público para apuração em conformidade com o art. 195 da Lei 9.279/96, que dispõe sobre os direitos relativos à propriedade industrial.

Diante de todo o exposto, os alunos concluíram que os riscos de se quebrar a cláusula de não-concorrência em um contrato de franquia são muito altos quando se tenta aproveitar do know-how adquirido durante o tempo de franquia e de comercializar os mesmos produtos. Logo, o parecer foi desfavorável à quebra contratual.

49.A OPERATIVIDADE DA AUTOTUTELA CONTRATUAL COM FUNÇÃO SATISFATIVA POR MEIO DE CONTRATAÇÕES SUBSTITUTIVAS

Raquel Bellini de Oliveira Salles¹

William R. de Oliveira Rezende Júnior²

Palavras-chave: Autotutela. Inadimplemento. Contratação substitutiva. Convenção de Viena.

A pesquisa realizada teve por objetivo identificar, no âmbito contratual, as possibilidades de revigoração ou alargamento de diversos instrumentos de autotutela, compreendida esta como parte integrante da ordem geral de tutela dos direitos, de caráter não excepcional (SCHÜNEMMAN, 1985, apud BIANCA, 2000), com fundamento na autonomia privada e amparo constitucional (SALLES, 2011). Toma-se por premissa a superação da noção pejorativa de autotutela, tradicionalmente atrelada à vingança privada ou ao exercício arbitrário das próprias razões, concebendo-a como meio idôneo de defesa de interesses juridicamente protegidos, sobretudo em face de lesões decorrentes do inadimplemento contratual. Rechaça-se a ideia de monopólio estatal da justiça, de modo que a satisfação dos interesses do credor pode se dar por meio de sua própria atuação no emprego de instrumentos extrajudiciais.

Entre tais instrumentos, ganham destaque no presente trabalho as contratações substitutivas, que são um mecanismo de autotutela em face do inadimplemento, com função satisfativa dos interesses do credor, possibilitando-lhe imprimir maior celeridade e efetividade na solução jurídica da patologia contratual e, ao mesmo tempo, alcançar o resultado útil programado, frustrado pela inexecução da prestação devida pelo outro contratante.

¹ Professora Adjunta da Faculdade de Direito da UFJF, Mestre e Doutora em Direito Civil pela UERJ e Orientadora do Projeto de Iniciação Científica “Possibilidades de revigoração e expansão dos instrumentos de autotutela em face do inadimplemento contratual”.

² Acadêmico do Curso de Direito da UFJF e Pesquisador Bolsista do Programa de Iniciação Científica PROVOQUE/UFJF.

O recurso ao contrato substitutivo representa a opção do credor de buscar um meio extrajudicial de execução específica da obrigação, quando persiste seu interesse na prestação, em lugar da mera reparação de perdas e danos ou da execução judicial, que (ainda) são remédios preponderantes na experiência brasileira. Referido instrumento de autotutela diferencia-se da execução específica da obrigação levada a efeito judicialmente contra o contratante devedor originário, pois é manejado por meio de contratação com terceiro.

A contratação substitutiva está expressamente prevista no ordenamento brasileiro nos artigos 2493 e 2514 do Código Civil de 2002, bem como em outros sistemas e na Convenção de Viena de 1980 sobre a Venda Internacional de Mercadorias (Convention of International Sales of Goods – CISG)⁵.

A ideia original concebida a partir da Convenção atribui ao dever do credor de mitigar as próprias perdas (duty to mitigate the loss) o papel de fornecer, ao lado da previsibilidade, um critério limitador do princípio da compensação total (full compensation)⁶, segundo o qual a parte prejudicada tem direito a ser integralmente ressarcida em consequência da violação do contrato. Nesse sentido, a mitigação atua preventivamente, no intuito de coibir que a parte prejudicada se mantenha inerte apenas esperando ser recompensada por suas perdas, que poderia evitar ou reduzir. Releva observar que, embora a CISG tenha âmbito de incidência mais restrito por força da tipologia contratual a que se dirige, pois apenas dispõe sobre as contratações substitutivas relativas à compra e venda, merece ênfase em virtude da larga aplicação

³ Art. 249. Se o fato puder ser executado por terceiro, será livre ao credor mandá-lo executar à custa do devedor, havendo recusa ou mora deste, sem prejuízo da indenização cabível.

Parágrafo único. Em caso de urgência, pode o credor, independentemente de autorização judicial, executar ou mandar executar o fato, sendo depois ressarcido.

⁴ Art. 251. Praticado pelo devedor o ato, a cuja abstenção se obrigara, o credor pode exigir dele que o desfaça, sob pena de se desfazer à sua custa, ressarcindo o culpado perdas e danos.

Parágrafo único. Em caso de urgência, poderá o credor desfazer ou mandar desfazer, independentemente de autorização judicial, sem prejuízo do ressarcimento devido.

⁵ O Brasil aderiu à Convenção, tendo o seu texto sido recepcionado através do Decreto nº 8.327/2014, após de mais de três décadas de sua elaboração e já contando com cerca de oitenta Estados que, juntos, representam quase 75% do total de transações do comércio internacional de bens.

⁶ Art. 74 CISG: As perdas e danos decorrentes de violação do contrato por uma das partes consistirão no valor equivalente ao prejuízo sofrido, inclusive lucros cessantes, pela outra parte em consequência do descumprimento. Esta indenização não pode exceder a perda que a parte inadimplente tinha ou devesse ter previsto no momento da conclusão do contrato, levando em conta os fatos dos quais tinha ou devesse ter tido conhecimento naquele momento, como consequência do descumprimento do contrato. (Tradução livre).

dos instrumentos jurídicos nela dispostos, a demonstrar tanto a viabilidade quanto as vantagens da autotutela com função satisfativa no campo contratual.

No ordenamento brasileiro, por outro lado, não é preestabelecido um tipo contratual sobre o qual o instrumento das contratações substitutivas poderia ser operado, o que permite defender a sua utilização tanto em relação aos contratos típicos quanto atípicos, paritários e não paritários. Frisa-se que permanece resguardada eventual pretensão futura da parte prejudicada em ser ressarcida pelos prejuízos causados pelo inadimplemento, incluindo-se aí tanto os danos emergentes quanto os lucros cessantes.

Percebe-se também no direito brasileiro uma certa aproximação entre a função satisfativa da autotutela e o *duty to mitigate the loss*, instituto oriundo de países de tradição da *common law*, sobretudo no direito anglo-saxão na forma da *mitigation doctrine*. Destaca-se que o exercício do dever de mitigar as próprias perdas pode implicar tanto a tomada de medidas negativas, devendo ele abster-se de práticas que não seriam objeto de discussão diante do fiel cumprimento da avença, quanto de medidas positivas do credor para diminuir o seu prejuízo, evidenciando-se o papel da celebração de contratações substitutivas.

Contudo, os mencionados artigos 249 e 251 ainda são pouco utilizados na prática contratual, sendo corrente o entendimento de que se aplicariam apenas a casos excepcionais ou de urgência. Tal denota um excessivo rigor e certa resistência, na cultura jurídica pátria, à assimilação e à aplicação da autotutela contratual, ao que se pode contrapor a ideia de uma cláusula geral fundada na própria autonomia privada, com base na qual a autotutela pode ser livremente operada, respeitando-se, obviamente, os limites impostos pela própria ordem constitucional, que, na seara contratual, são especialmente concretizados por meios dos princípios da boa-fé objetiva e da vedação ao abuso do direito.

Dessa forma, o exercício da autotutela contratual colabora para a efetivação do direito material e não implica prejuízos de ordem processual, eis que não é obstado o acesso à jurisdição, que também é possível em sede de controle do exercício da autotutela.

Referências

- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2004.
- BIANCA, Massimo. Autotutela. *Enciclopedia del diritto*, IV, *Aggiornamento*, 2000.
- COMINO, Tomas Barros Martins. *Desventuras do duty to mitigate the loss no Brasil: nascimento (e morte) de um brocardo*. 2015. 113 p. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, 2015.
- FRADERA, Véra Maria Jacob. *Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo?* RTDC, v. 19, jul/set. 2004.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *A inafastabilidade do controle jurisdicional e uma nova modalidade de autotutela (parágrafos únicos dos artigos 249 e 251 do código civil)*. Revista brasileira de direito constitucional – RBDC, n. 10 – jul./dez. 2007.
- LOPES, Christian Sahb Batista. *A mitigação dos prejuízos no direito contratual*. 2011. 263 p. Dissertação (Doutorado em Direito Civil) – Universidade Federal de Minas Gerais, 2011.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Do processo civil clássico à noção de direito a tutela adequada ao direito material e à realidade social*. Revista dos Tribunais, v. 93, p. 34-60, jun. 2004.
- NALIN, Paulo. *A Convenção de Viena de 1980 e a sistemática contratual brasileira: a recepção principiológica do duty to mitigate the loss*, RTDC, v. 49, jan/mar 2012.
- SACCO, Rodolfo. *Introdução ao direito comparado*. Tradução de Véra Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. *A autotutela pelo inadimplemento nas relações contratuais*. Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito. 2011.
- WINKLER, Vanessa. *O dever de mitigação de danos na Convenção das Nações Unidas para compra e venda internacional de mercadorias (CISG)*. Universidade Estadual do Rio de Janeiro. 2014.

50.POSSIBILIDADES DE EXPANSÃO DOS MECANISMOS DE RESOLUÇÃO EXTRAJUDICIAL DE CONTRATOS NO DIREITO BRASILEIRO: A AUTOTUTELA COM FUNÇÃO RESOLUTIVA

Raquel Bellini de Oliveira Salles¹

Sarah Santos Lavinias²

Palavras-chave: Autonomia. Autotutela. Contrato. Inadimplemento. Resolução extrajudicial.

A cláusula resolutiva expressa é o único mecanismo de resolução extrajudicial e, portanto, de autotutela contratual com função resolutiva contemplado no ordenamento jurídico brasileiro. Para produzir seus efeitos, é imprescindível que esteja expressamente prevista no contrato celebrado. Caso contrário, restará ao contratante lesado provocar o judiciário para extinguir a relação contratual firmada.

Para além de uma reflexão sobre as possibilidades de manejo mais amplo e efetivo da cláusula resolutiva expressa, contra a qual verifica-se uma certa e infundada resistência na cultura jurídica brasileira, ainda muito afeiçãoada à chancela do Estado nas soluções contratuais, observa-se em sistemas estrangeiros e em fontes internacionais de direito uma larga utilização de outros mecanismos de resolução extrajudicial que prescindem de previsão. A pesquisa realizada aprofundou-se na compreensão de alguns desses mecanismos, perquirindo possibilidades de alargamento da autotutela com função resolutiva na experiência brasileira e propugnando a “desjudicialização” da resolução contratual.

O marco teórico da presente pesquisa parte da noção constitucionalizada de autotutela contratual, fundamentada na autonomia privada e limitada pelos princípios e valores que informam a ordem constitucional vigente, dos quais são

¹ Professora Adjunta da Faculdade de Direito da UFJF, Mestre e Doutora em Direito Civil pela UERJ e Orientadora do Projeto de Iniciação Científica “Possibilidades de revigoração e expansão dos instrumentos de autotutela em face do inadimplemento contratual”.

² Acadêmica do Curso de Direito da UFJF e Pesquisadora do Programa de Iniciação Científica PROVOQUE/UFJF.

corolário a boa-fé objetiva e a vedação do abuso do direito. Esta noção não se confunde com a acepção tradicional de autotutela, associada à vingança privada ou ao exercício arbitrário das próprias razões.

Metodologicamente, a pesquisa teve por base a análise crítica de fontes estrangeiras e internacionais, legislativas, doutrinárias e jurisprudenciais, selecionando os principais instrumentos de autotutela com função resolutive que poderiam vir a ganhar espaço e funcionalidade no Direito brasileiro, de modo a contribuir para a expansão dos remédios contratuais extrajudiciais em face do inadimplemento.

No âmbito das relações internacionais, destaca-se a Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG), que foi recepcionada pelo sistema jurídico pátrio por meio da promulgação do Decreto nº 8.327/2014 e trouxe consigo contornos inovadores para o tratamento do inadimplemento e da resolução contratual.

Segundo o artigo 49 da CISG, o remédio resolutorio pode ser utilizado apenas em duas situações taxativamente estipuladas, quais sejam, quando houver *descumprimento fundamental* do contrato, isto é, quando a inexecução privar substancialmente o que o contratante lesado poderia esperar da contratação, ou quando o prazo suplementar conferido para a entrega da mercadoria tiver terminado sem qualquer postura proativa satisfatória por parte do vendedor, o que remete ao *nachfrist* do direito alemão. Em ambas as hipóteses, o direito resolutorio deve ser exercido mediante simples declaração expressa do contratante lesado, a qual se torna eficaz quando conhecida pelo contratante inadimplente. Dispensa-se, pois, qualquer intervenção judiciária, permitindo-se a desvinculação das partes de modo mais célere.

Os princípios do UNIDROIT, por sua vez, servem como normativa interpretativa dos mais variados tipos de contratos internacionais, tendo, pois, um maior campo de abrangência se comparados com a CISG, pois não se limitam aos contratos de compra e venda de mercadorias. Muito embora prevejam figuras de resolução extrajudicial similares às da CISG, quais sejam, o *descumprimento fundamental* e o *nachfrist*, referidos princípios trazem algumas peculiaridades. Com

relação ao *descumprimento fundamental*, o respectivo artigo 73³ delineia mais concretamente quais seriam as características que o tornariam apto a ensejar a resolução (extrajudicial) do contrato. Quanto ao *nachfrist*, os princípios UNIDROIT determinam que o prazo suplementar deve ser razoável para surta eficácia.

Acerca da abordagem dos mecanismos de autotutela com função resolutive nos ordenamentos jurídicos estrangeiros, destacam-se dois instrumentos trazidos pelo código civil italiano, que operam extrajudicialmente sem necessitar de previsão contratual, quais sejam, a *diffida ad adempiere* e o *termine essenziale*, previstos, respectivamente, nos artigos 1.454 e 1.457. Interessante notar que a figura da *diffida ad adempiere* se assemelha ao *nachfrist*, na medida em que opera como verdadeira carta de notificação à parte inadimplente, que deve purgar sua mora no prazo suplementar sob pena de resolução contratual, ao passo que o *termine essenziale* remete à noção de *descumprimento fundamental*, valendo-se dos pressupostos da gravidade da infração contratual para ensejar a resolução.

Não obstante tenham denominações, requisitos e particularidades próprias para operarem seus efeitos, a pesquisa realizada leva à constatação de que os instrumentos analisados podem ser subdivididos, segundo sua função, em duas categorias: os que visam à conservação da relação contratual, concedendo, assim, prazo suplementar para o adimplemento extemporâneo, e os que se consolidam a partir das noções de descumprimento fundamental e de gravidade da lesão. Assim, na primeira categoria, estariam o *nachfrist* e a *diffida ad adempiere* e, na segunda, o *descumprimento fundamental* e o *termine essenziale*.

Referidas categorias representam, portanto, as duas grandes tendências contemporâneas no tocante ao direito de resolução extrajudicial. Muito embora não estejam expressamente previstas no ordenamento brasileiro, entende-se que podem

³ Artigo 73 (1) Nos contratos que estipulem entregas sucessivas de mercadorias, o descumprimento por uma das partes das obrigações relativas a qualquer das entregas que constituir violação essencial do contrato em relação a esta entrega dará à outra parte o direito de declarar rescindido o contrato quanto a essa mesma entrega. (2) Se o descumprimento, por uma das partes, de suas obrigações relativas a qualquer das entregas der à outra parte fundados motivos para inferir que haverá violação essencial do contrato com relação a futuras entregas, esta outra parte poderá declarar o contrato rescindido com relação ao futuro, desde que o faça dentro de prazo razoável. (3) O comprador que declarar resolvido o contrato com relação a qualquer entrega poderá simultaneamente declará-lo resolvido com respeito a entregas já efetuadas ou a entregas futuras se, em razão de sua interdependência, tais entregas não puderem se destinar aos fins previstos pelas partes no momento da conclusão do contrato.

e devem ser absorvidas, na medida em que fortalecem a autonomia privada e não colidem com a principiologia contratual.

Nesse sentido, preconiza-se, além da possibilidade e até necessidade de aplicação mais alargada da cláusula resolutiva expressa, ainda subutilizada, também a admissibilidade e viabilidade de outros mecanismos de autotutela com função resolutiva no ordenamento brasileiro.

Referências

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *A Convenção de Viena e a resolução do contrato por incumprimento*. Brasília. a. 31. n. 121. jan/mar. 1994.

AQUINO, Leonardo Gomes de. *Direito de resolução: uma comparação dos princípios do Unidroit e os Direitos Português e Brasileiro*. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/textos/x/16/55/1655/>>. Acesso em 20 de ago. 2016.

BARCHI, Patrizia. *La diffida ad adempiere: sciogliersi dal contratto senza ricorrere al giudice*. Exeodizioni, 2011.

BONELL, Michael Joaquim. *The CISG and the UNIDROIT principles of international commercial contracts: two complementary instruments*. International Law Review of Wuhan University, v. 10, 2008/2009.

GONÇALVES, Luis Flávio Fidelis. É possível revogar uma procuração com cláusula de irrevogabilidade? Disponível em:

<<http://www.notariado.org.br/index.php?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=NDQ1QQ>>. Acesso em 20 ago. 2016.

MAGNUS, Ulrich. *The Remedy of Avoidance of Contract Under CISG. General Remarks and Special Cases*. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/magnus2.html>>. Acesso em 17 ago. 2016.

MARQUES, Frederico do Valle Magalhães. *O princípio contratual da boa-fé: o direito brasileiro e os princípios do UNIDROIT relativos aos contratos comerciais*

internacionais. Revista trimestral de direito civil, Rio de Janeiro, RJ, a. 7, v. 25, jan./mar., 2006.

PINTO, Paulo Mota. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*. vol. II. Coimbra: Coimbra, 2008.

SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. *A autotutela pelo inadimplemento nas relações contratuais*. Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito. 2011.

STEINER, Renata Carlos. *Resolução do contrato e reparação de danos na Convenção das Nações Unidas sobre contratos de compra e venda internacional de mercadorias (CISG)*. Curitiba, 2014.

VIDAL, Isabel. *Do incumprimento fundamental na Convenção de Viena de 1980 sobre a compra e venda de mercadorias – Conceptualização e efeitos*, in Relatório de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1996.

51.A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA POR MEIO DA PRESTAÇÃO DE CONSULTORIA JURÍDICA AO TERCEIRO SETOR

Raquel Bellini de Oliveira Salles¹

Letícia Ladeira Sirimarco²

Igor Magalhães Queiroz³

Palavras-chave: pessoa com deficiência, inclusão social, consultoria jurídica, terceiro setor.

Os direitos das pessoas com deficiência ganharam amplitude a partir da Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015, que instituiu o Estatuto da Pessoa com Deficiência, cujo objetivo precípua é a inclusão social. Nessa linha, diversas entidades do terceiro setor destacam-se na assistência das pessoas com deficiência, atentando para as suas necessidades especiais. Todavia, referidas entidades não raro enfrentam dificuldades de estruturação e organização jurídica, carecendo de orientação e de capacitação para que possam funcionar satisfatoriamente e assegurar uma adequada assistência profissional às pessoas atendidas.

O presente trabalho visa demonstrar que os direitos fundamentais das pessoas com deficiência, para sua concretização, carecem não apenas de políticas públicas e de ações conjuntas da sociedade civil e de entidades de apoio, governamentais e não governamentais, mas, também, da efetiva atuação das instituições de ensino, especialmente do Direito, as quais, por meio de atividades de pesquisa e extensão, podem contribuir sobremaneira para o desenvolvimento da assistência social.

¹ Professora Adjunta da Faculdade de Direito da UFJF, Mestre e Doutora em Direito Civil pela UERJ e Orientadora da Colucci Consultoria Jurídica Júnior.

² Graduanda da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora e integrante da Colucci Consultoria Jurídica Júnior no segundo semestre de 2016.

³ Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora e integrante da Colucci Consultoria Jurídica Júnior no segundo semestre de 2016.

Nessa linha, buscando-se evidenciar os resultados positivos que a consultoria jurídica prestada no âmbito da extensão universitária pode surtir, realizou-se a análise de projetos desenvolvidos pela Colucci Consultoria Jurídica Júnior, empresa júnior da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, constituída sob a forma de associação civil por iniciativa dos próprios alunos, sem quaisquer fins lucrativos.

Os projetos analisados decorreram de parcerias *pro bono* realizadas durante os anos de 2015 e 2016 entre a Colucci e duas entidades beneficentes que visam orientar e assistir crianças e adolescentes com deficiência. Ambas as entidades apresentaram demandas de estruturação jurídico-formal, cuja ausência ou precariedade levavam à estagnação das atividades assistenciais, dificuldades de obtenção de recursos e risco de descontinuidade.

Recomendou-se, assim, que o estatuto social fosse revisto, de modo a adequá-lo à legislação vigente, a exemplo da lei das OSCIP, conferindo às entidades condições para a celebração de convênios, cadastros junto ao setor público e recebimento de verbas, financiamentos e donativos. Reestruturaram-se, dessa forma, seus órgãos administrativos e respectivos cargos e funções, redefiniram-se os direitos, deveres e responsabilidades de seus membros associados e voluntários, a fim de assegurar a atividades contínuas e uma assistência adequada às crianças e adolescentes. Verificou-se, além disso, a necessidade de elaboração de um regimento interno prevendo o modo de funcionamento das atividades, bem como critérios, objetivos e não discriminatórios, tanto para a admissão das pessoas assistidas quanto para a suspensão de atendimento em certos casos. Percebeu-se, ainda, a partir das demandas apresentadas pelas entidades, a necessidade de adoção de instrumentos jurídicos para a regularização do local onde são realizadas as atividades assistenciais, substituindo-se anteriores cessões de espaço informais e verbais por contratos escritos dotados de maior segurança jurídica.

Importa considerar que a Colucci tem como objetivo a promoção de consultoria preventiva e personalizada, não adstrita à confecção de estatutos, regimentos e documentos, mas igualmente focada no aprimoramento das atividades que são o escopo de seus clientes. O suporte jurídico oferecido volta-se, também, para a conscientização por parte de todos os envolvidos acerca de seus direitos e deveres e dos fins e valores da entidade atendida, bem como para orientações

procedimentais quanto ao registro de atos, à realização de assembleias e às eleições para cargos diretivos e consultivos.

Ante as mudanças implementadas, e com o adequado registro das pessoas jurídicas, foi possível regularizar suas movimentações bancárias e escriturações contábeis. Criou-se, ademais, um ambiente de confiança, fortalecendo a credibilidade de ambas as instituições, promovendo maior engajamento por parte de seus colaboradores internos e externos, abrindo espaço para a concentração de esforços em novas melhorias e aprimorando o diálogo entre as entidades e as pessoas assistidas e suas famílias.

A consultoria jurídica prestada em tais termos indubitavelmente contribui para a concretização dos direitos fundamentais das pessoas com deficiência, pois capacita as instituições que as assistem, viabilizando o desenvolvimento do terceiro setor voltado a tal segmento. Evidencia-se, assim, o relevante papel que os alunos participantes da empresa júnior podem desempenhar, desde o início do curso de graduação, durante seu processo de aprendizado, vivenciando o Direito como ciência social aplicada e favorecendo proativamente a integração da universidade com a comunidade.

52.OS (PRE)CONCEITOS DO ORDENAMENTO JURÍDICO: UM ESTUDO ACERCA DAS FAMÍLIAS PARALELAS.

Paula Ranieri Dias Bastos

Fernanda Teixeira Saches

Palavras-Chave: Concubinato - União Estável - Família Paralela.

Por muito tempo no Brasil, o modelo de família existente para o Direito era apenas o matrimonializado e patriarcal, o afeto não tinha o mesmo papel que desempenha hoje, visto que as relações eram marcadas por um caráter patrimonialista. Desse modo, o ordenamento jurídico não era capaz de reproduzir os modelos de entidades familiares já existentes na sociedade.

Com o passar do tempo, o Direito, visando adequar-se à realidade social, verificou que a tutela exclusiva ao modelo matrimonializado, tradicional e conservador era insatisfatória, pois constatou-se a existência de uma pluralidade de arranjos familiares, que se constituíam pautados no afeto. Diante disso, a Constituição Federal de 1988 se preocupou em abarcar outros tipos de famílias, incluindo em seu texto legal, a união estável e as famílias monoparentais, além de ter garantido a igualdade entre filhos, sejam eles frutos do casamento ou não. Nesse contexto, imperioso destacar que os princípios constitucionais valorizaram o caráter eudemonista das entidades familiares, haja vista que primou pela igualdade e dignidade humana e possibilitou que as pessoas buscassem por seus projetos de felicidade e realização pessoal.

Contudo, mesmo havendo um grande avanço constitucional de inclusão de outros tipos de entidades familiares, pode-se dizer que tanto a Constituição Federal, quanto o Código Civil de 2002 permaneceram conservadores. Isso porque, ambos os ordenamentos jurídicos não abarcam proteção às famílias paralelas, às uniões homoafetivas e nem mesmo às famílias poliafetivas, todas existentes na sociedade.

Diante disso, o presente trabalho busca analisar a exclusão das famílias paralelas, estritamente no que concerne ao concubinato impuro, também chamado de

adulterino, que se conceitua no Código Civil como sendo a constituição de relações que não sejam eventuais entre o homem e a mulher, que se encontram impedidos de casar. Ressalta-se que no rol de impedimentos para o casamento contém, aqueles que já são casados, os impedidos por parentesco e por crime, mas a presente análise se limitará ao impedimento pela constituição de matrimônio anterior.

Um dos argumentos recorrentes citados contra a proteção dessas uniões paralelas pelo Direito de Família é o princípio da monogamia, o qual aduz ser preciso haver singularidade de relações. Porém, muito se questiona hoje sobre a monogamia ser ou não um princípio e se ainda tem espaço para ela diante da evolução da sociedade no que tange à afetividade.

Maria Berenice Dias (2013) questiona o caráter principiológico da monogamia, ao dizer que não se trata de um princípio, apenas uma regra que proíbe a pluralidade de relações matrimonializadas e que a CF/88 nem a mencionou em seu texto. Além disso, o motivo da existência dessa regra são resquícios do caráter patrimonialista da família e não do amor, por isso não se pode conceder a essa regra o caráter universalizante de um princípio.

Contudo, mesmo que se tratasse de um princípio, ainda assim não se poderia ignorar a existência das famílias paralelas e deixá-las sem a proteção Estatal, pois existem outros princípios que devem ser ponderados diante dos casos concretos. Um exemplo, seria a consideração da dignidade da pessoa humana, por ser um princípio norteador do ordenamento jurídico brasileiro, além dele, temos princípios específicos do direito de família, como o princípio do pluralismo das entidades familiares, a proibição do retrocesso social e o princípio da afetividade.

Maria Berenice Dias (2013), ainda ressalta, que diante da atual conjuntura da sociedade, onde o machismo ainda prevalece, na maioria dos casos o responsável por manter famílias plúrimas e pela infidelidade, é o homem. Punir o Concubinato reforçaria ainda mais a desigualdade entre homens e mulheres, visto que quem de fato é punido, ficando sem qualquer direito é a mulher, enquanto o verdadeiro responsável pela infidelidade sai impune, com todos os seus bens.

No entanto, embora existam doutrinadores que posicionam-se à favor das relações paralelas, não se pode deixar de mencionar que outros demandam-se contrários às relações concubinárias. Maria Helena Diniz, por exemplo, posiciona-se

contrariamente, pois afirma que apesar dessas relações existirem na realidade social não se pode conferir direitos, apenas sanções, pois são ilícitos e o adultério deve ser punido. Segundo a autora citada, diante desses casos se verifica sociedade de fato e não entidade familiar, por isso, havendo construção patrimonial, é possível indenização apenas para evitar o enriquecimento ilícito e, ações do tipo, não competem ao ramo do direito de família, mas sim ao direito das obrigações. (DINIZ, 2007)

Existem, ainda, autores como Flávio Tartuce que embora não sejam tão conservadores, também não admitem existência das relações paralelas, mas admitem o tratamento de união estável putativa aos casos em que a pessoa estava de boa-fé e não sabia do impedimento do companheiro. Tais doutrinadores defendem não ser justo desamparar aqueles que ignoravam o impedimento, sendo devido a eles os mesmos direitos da união estável.

Imperioso ressaltar que, segundo a legislação civil, havendo impedimento pelo fato de já ser casado, se não estiver separado de fato, não constitui união estável, mesmo possuindo todos os requisitos do instituto mencionado, ou seja, convivência pública, contínua, duradoura e com o objetivo de constituir família. Entretanto, existem diversas uniões paralelas que se perduram no tempo, ganham visibilidade e são marcadas por um grande envolvimento afetivo e, por isso, tais relações não podem ser ignoradas, pois existem socialmente.

Comprova-se a existência de fato dessas uniões pela quantidade de ações que tem chegado ao judiciário, exigindo reconhecimento de união estável, alimentos, pensão, partilha de bens, herança, dentre outros direitos típicos de entidades familiares. Verificase em alguns julgados que não é possível aplicar apenas as regras contidas no Código Civil, pois existem muitos fatores psicológicos e patrimoniais envolvidos, pessoas que dedicam uma vida à outra, e não podem simplesmente permanecerem sem qualquer proteção quando acontece a dissolução desse tipo de relação. Visto isso, o ativismo judicial acaba sendo a solução apresentada pelo judiciário para afastar o conservadorismo da legislação vigente, utilizando-se da ponderação de princípios constitucionais nas resoluções dos casos concretos.

Diante disso, observa-se que é necessário uma reforma na legislação, a fim de que ela se adeque à realidade da sociedade, levando em conta os princípios

constitucionais e do direito de família, haja vista que não se pode ignorar a existência das famílias paralelas, nem mesmo o dever de proteção que deve ser conferido pelo Estado às pessoas que se relacionam paralelamente, mantém uma convivência pública, contínua, duradoura e com o objetivo de constituir família. Portanto, ao se verificar os requisitos citados na união estável, devem as pessoas serem tratadas como companheiras, e não como concubinas.

Referências bibliográficas

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, v. 5. São Paulo: Saraiva, 2007.

TARTUCE, Flávio. Direito Civil: Direito de Família. In: Tartuce, Flávio. Da União Estável. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, Cap. 5, 2016