

Aline Araújo Passos
Raquel Bellini de Oliveira Salles
Luciana Gaspar Melquíades Duarte
(Organizadoras)

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

Faculdade de Direito da UFJF
Juiz de Fora
Vol. 3, n.1 (2018)

III Seminário de Pesquisa e Extensão (2018: Juiz de Fora, MG)

Anais do III Seminário de Pesquisa e Extensão – Universidade Federal de Juiz de Fora – UFJF – Faculdade de Direito / Organizadoras Aline Araújo Passos, Raquel Bellini de Oliveira Salles e Luciana Gaspar Melquíades Duarte – Juiz de Fora: Faculdade de Direito da UFJF (Campus Universitário, Rua José Lourenço Kelmer, s/n - São Pedro, Juiz de Fora - MG, 36036-900), 2018. 232p.

ISSN 2764-0078

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

CDU 34

SUMÁRIO

EDITORIAL.....	8
1. DIGA NÃO À VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER: da teoria à prática.....	9
2. MULHERES, APESAR DO CÁRCERE.....	11
3. ALÉM DA CULPA: justiça restaurativa para adolescentes.....	12
4. NEPCRIM (NÚCLEO DE EXTENSÃO E PESQUISA EM CIÊNCIAS CRIMINAIS DA FACULDADE DE DIREITO DA UFJF).....	14
5. "UM JOGO DE VOCÊ": a teoria dos jogos como criadora de autonomia na mediação 16	
6. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A PRÁTICA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA POR ADOLESCENTES	20
7. A EXTRAFISCALIDADE DA TAXA DE COLETA DE RESÍDUOS SÓLIDOS.....	22
8. O NÚCLEO ESSENCIAL DO DIREITO À SAÚDE E O CUSTEIO DE TRATAMENTOS NO EXTERIOR.....	26
9. PROJETO PARTICIPATIVO E MEDIAÇÃO COMO FORMA DE RESOLVER CONFLITOS ENTRE VIZINHO: análise do parque das águas / Dialogar Núcleo de Mediação 30	
10. TRIBUTAÇÃO, DEMOCRACIA E DESENVOLVIMENTO	33
11. DIREITO MINERÁRIO E SUSTENTABILIDADE: RELAÇÕES ENTRE O SISTEMA DE OUTORGA DE DIREITOS MINERÁRIOS E A PROTEÇÃO AMBIENTAL 36	
12. TRIBUTAÇÃO JUSTA PARA CONCESSÃO DE ISENÇÃO DO IMPOSTO SOBRE RENDA E PROVENTOS DE QUALQUER NATUREZA PARA PESSOAS PORTADORAS DE DOENÇAS GRAVES - MONITORIA.....	40
13. A NOVA CARTOGRAFIA ABISSAL APÓS A PROMULGAÇÃO DA LEI 13.465/2017: análise das modificações promovidas em matéria de regularização fundiária urbana de interesse social	43
14. O REGIME JURÍDICO DO DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO DE DADOS: UMA ANÁLISE PROPOSITIVA DA TUTELA DOS DADOS PESSOAIS NO PROJETO DE LEI N. 5.276 DE 2016.....	46
15. PRIVACIDADE INFANTIL NO AMBIENTE VIRTUAL: um estudo do caso Ministério Público Federal vs. Google.....	50

16. O TRATAMENTO DA RESERVA DO POSSÍVEL EM UM CONTEXTO CONSTITUCIONAL: BRASIL - SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	53
17. OS PEDIDOS DE PATENTE COMO MEDIDA DA INOVAÇÃO FARMACÊUTICA: O CASO DA DOENÇA DE CHAGAS.	58
18. NÚCLEO ESSENCIAL DO DIREITO À SAÚDE	63
19. TIPOS DE ARGUMENTOS EM CASOS DIFÍCEIS NUMA CORTE CONSTITUCIONAL	66
20. A ECONOMIA SEXUAL DOS LIKES: o percurso dicotômico entre o controle do direito sobre as dinâmicas sexuais e o sexo econômico-digital masculino	69
21. ATIVISMO JUDICIAL, CONFLITO DE COMPETÊNCIAS E PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS FORMAIS.....	74
22. O RECONHECIMENTO DOS DIREITOS LGBT NOS TRIBUNAIS SUPERIORES FRENTE À PLURALIDADE SOCIOCULTURAL BRASILEIRA	78
23. PLANOS NACIONAIS DE AÇÃO EM EMPRESAS E DIREITOS HUMANOS NA AMÉRICA LATINA - HOMA	81
24. TRIBUTAÇÃO DE NOVAS TECNOLOGIAS - INICIAÇÃO CIENTÍFICA.....	84
25. CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS PARA A VIOLAÇÃO DO DEVER PARENTAL DE CONVIVÊNCIA: ANÁLISE NA PERSPECTIVA CIVIL-CONSTITUCIONAL	87
26. GUARDA COMPARTILHADA NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO: ENTRE A TUTELA DA PERSONALIDADE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E CONCESSÃO AO PODER FAMILIAR.....	91
27. ANÁLISE DA MUDANÇA DO VIÉS SOCIALISTA DA CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA DE 1976 A PARTIR DO TRATAMENTO AO DIREITO À SAÚDE.....	94
28. O PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE NA REALIZAÇÃO DE CONCURSOS PÚBLICOS.....	96
29. O PRINCÍPIO DA AUTOEXECUTORIEDADE SOB A ÉGIDE DO PÓS-POSITIVISMO JURÍDICO.....	101
30. DEMOCRATIZAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA E EFETIVAÇÃO DE DIREITOS 105	
31. AUTOTUTELA ADMINISTRATIVA: revisitando o instituto sob os influxos do pós-positivismo e do neoconstitucionalismo.....	108
32. POLÍTICAS PÚBLICAS NO FORTALECIMENTO DO ASSOCIATIVISMO.....	112
33. A REFORMA TRABALHISTA NO BRASIL E O ACESSO À JUSTIÇA: a inconstitucionalidade dos §§ 2º e 3º do art. 844 da consolidação das leis do trabalho	115

34. O EFEITO CONFISCATÓRIO DAS MULTAS NOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS E JUDICIAIS TRIBUTÁRIOS	118
35. BENEFÍCIOS FISCAIS E SEGURANÇA JURÍDICA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA 121	
36. PRINCÍPIO DA IGUALDADE E DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA: UMA ANÁLISE DO ENTENDIMENTO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS DURANTE O PERÍODO DE CRISE DOS DIREITOS SOCIAIS, SOB A ÉGIDE DA DOCTRINA DE JORGE REIS NOVAIS.....	124
37. AFETAÇÃO DO RESP 1.657.156 AO RITO DO ART. 1036/CPC E OS REFLEXOS NAS DECISÕES JUDICIAIS DO MUNICÍPIO DE JUIZ DE FORA: uma análise à luz do direito como integridade (Direito à Saúde: análise da decisão do Superior Tribunal De Justiça em recurso especial repetitivo no 1.657.156 – RJ).....	126
38. A DETURPAÇÃO DO MÉTODO: UMA ANÁLISE SOBRE O PROGRAMA DE INDENIZAÇÃO MEDIADA DA FUNDAÇÃO RENOVA	129
39. O CARÁTER EXTRAFISCAL DAS ISENÇÕES: a diferença de tratamento entre as micro e pequenas empresas e as empresas de grande porte	133
40. O ICMS DO ESTADO DE MINAS GERAIS: inconstitucionalidades, ilegalidades e restituição de valores pagos indevidamente	137
41. ANÁLISE DA APLICAÇÃO DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS SOB A ÓTICA DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL: estudo do centro socioeducativo São Francisco De Assis De Governador Valadares.	141
42. CRIPTOATIVOS: reflexões jurídicas e econômicas	145
43. INCLUSÃO ESCOLAR SOB A ÓTICA DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE MATERIAL	149
44. A POSSIBILIDADE ANALÓGICA DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE NOS CRIMES PATRIMONIAIS SEM VIOLÊNCIA APÓS A REPARAÇÃO DO DANO OU DEVOLUÇÃO DA COISA: medida paliativa impactante num contexto de seletividade escancarada.....	153
45. O PAPEL DA LUTA DOS MOVIMENTOS SOCIAIS NA CONSOLIDAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: A BUSCA POR UM TRATADO VINCULANTE EM DIREITOS HUMANOS E EMPRESAS.....	157
46. O TRATAMENTO DA RESERVA DO POSSÍVEL EM UM CONTEXTO CONSTITUCIONAL: BRASIL - SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	160

47. (IN) APLICABILIDADE DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA NOS CRIMES DE LAVAGEM DE CAPITAIS NO BRASIL.....	165
48. CASOS TRÁGICOS E TEORIA DOS PRINCÍPIOS – uma contribuição doutrinária à jurisprudência	169
49. O DIREITO À SAÚDE E A DISPUTA POR VERBAS PÚBLICAS FRENTE AOS DEMAIS DIREITOS SOCIAIS	172
50. DIREITO HUMANO À ALIMENTAÇÃO ADEQUADA, OBJETIVOS DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E A AGRICULTURA FAMILIAR: uma análise sobre o programa de aquisição de alimentos entre 2012 e 2016.	174
51. JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E POLITIZAÇÃO DO JUDICIÁRIO	179
52. PROJETO DE PESQUISA: O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS ATRAVÉS DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE EM JUIZ DE FORA: como reduzir os gastos públicos sem deixar de atender as demandas?	183
53. DIREITO HUMANO À ALIMENTAÇÃO ADEQUADA: uma visão crítica.....	186
54. JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E POLITIZAÇÃO DO JUDICIÁRIO, PROJETO DE PESQUISA FAPEMIG, DEMANDA UNIVERSAL, EM DESENVOLVIMENTO DE JUNHO/2017 A JULHO/2019.	189
55. CRÍTICAS E POSSIBILIDADES DA POLÍTICA DE COTA RACIAL NA UFJF E O CRITÉRIO DA AUTODECLARAÇÃO	194
56. O SENSÍVEL LIMITE DA INTERFERÊNCIA DO DIREITO NAS TRADIÇÕES CULTURAIS.....	199
57. TUTELA JURISDICIONAL EM SAÚDE: força normativa constitucional e direito como integridade	202
58. DIREITO HUMANO À ALIMENTAÇÃO ADEQUADA NO CONTEXTO DAS POLÍTICAS DE AUSTERIDADE ECONÔMICA: INDIVISIBILIDADE ENTRE O VIVER, TRABALHAR E ALIMENTAR TRABALHO VINCULADO AO PROJETO REAJA – REDE DE ESTUDOS E PESQUISA EM JUSTIÇA ALIMENTAR.....	205
59. O COMBATE À CORRUPÇÃO E O PERIGO DA EXPANSÃO DO PUNITIVISMO	208
60. DA RENÚNCIA A DIREITOS À RETIRADA DE DIREITOS TRABALHISTAS: a precariedade como projeto social e jurídico e o cotidiano das operadoras de call-centers na cidade de Juiz de Fora.	211
61. PROJETO DE EXTENSÃO: “educação em abordagens cooperativas de conflitos: práticas de mediação”	214

62. DESAFIOS PARA A EFETIVIDADE DA LEI BRASILEIRA DE INCLUSÃO E AS PERSPECTIVAS DO PROJETO DE EXTENSÃO “A TUTELA JURÍDICA DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA” E DO NÚCLEO DE DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA
218
63. O IMPACTO SOCIAL DA REGULARIZAÇÃO IMOBILIÁRIA E OS RESULTADOS DO PROJETO DE EXTENSÃO “MORADIA LEGAL” NO ENTORNO DA UFJF EM FAVOR DE FAMÍLIAS DE BAIXA RENDA.....222
64. A APLICAÇÃO DA CLÁUSULA GERAL DE RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA AOS DANOS DECORRENTES DE ACIDENTES DO TRABALHO APÓS 15 ANOS DE VIGÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL.....225
65. DESAFIOS PARA A COMPREENSÃO DOS PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA PSÍQUICA OU INTELECTUAL.....229

EDITORIAL

Com o objetivo precípuo de divulgar estudos, pesquisas e atividades de extensão de nossa comunidade acadêmica, buscando o compartilhamento de ideias e experiências, realizou-se nos dias 14 a 17 de maio de 2018 o **III SEMPEX - Seminário de Pesquisa e Extensão da Faculdade de Direito da UFJF**.

A organização do evento, já em sua terceira edição, foi empreendida pela Direção, com o suporte técnico-administrativo da Secretaria da Faculdade, 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 60 trabalhos recebidos e apresentados em 12 painéis. 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.

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, discentes e coordenadores de painéis, de Juiz de Fora e Governador Valadares, contribuindo significativamente para o desenvolvimento do ensino, da pesquisa e da extensão no âmbito na universidade pública.

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, agosto de 2018.

Aline Araújo Passos e Raquel Bellini Salles
Diretora e Vice-Diretora da Faculdade de Direito da UFJF – gestão 2014-2018

1. DIGA NÃO À VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER: da teoria à prática

(O resumo se refere ao projeto de extensão acadêmica de mesmo nome)

Ellen Cristina Carmo Rodrigues Brandão
Yasmin Oliveira Dutra
Amanda Maria Martins
Karina Guimarães Machado
Ivianny Luiza Gonçalves Crescêncio
Pedro Pereira Netto
Giovanna Silva Mantovani
Apoena das Chagas Mendonça
Maria Luiza Stefanny Machado

Palavras-chave: extensão acadêmica, violência doméstica, Justiça Restaurativa.

O presente trabalho visa apresentar as experiências realizadas no âmbito do projeto de extensão acadêmica “Diga não à violência contra a mulher”, fruto da parceria entre o NEPCrim (Núcleo de Extensão e Pesquisa em Ciências Criminais da Faculdade de Direito da UFJF) e a Prefeitura Municipal de Juiz de Fora/MG. O projeto, que se iniciou em agosto de 2016, propõe acompanhar os procedimentos de atendimento, assistência e prestação jurisdicional destinados às mulheres vítimas de violência doméstica e familiar no município de Juiz de Fora/MG. Além de colaborar com os referidos atendimentos, a equipe promove ações preventivas e afirmativas, com destaque para a implementação do programa de Justiça Restaurativa. Acredita-se que, através desse projeto, será possível à Universidade, por meio de seus docentes e discentes, apresentar-se à sociedade de forma positiva e construtiva, contribuindo, assim, para a efetivação dos direitos humanos e das garantias fundamentais das mulheres vítimas de violência no município de Juiz de Fora.

Referências Bibliográficas

ACHUTTI, Daniel. Justiça Restaurativa no Brasil: possibilidades a partir da experiência belga. *Civitas*, Porto Alegre, v. 13, n. 1, p. 154-181, jan./abr. 2013. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/civitas/article/view/13344>. Acesso em: 20 nov. 2017.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Criminologia e feminismo: da mulher como vítima à mulher como sujeito na construção da cidadania*. V. 18 n. 35 (1997). UFSC, Florianópolis, SC, Brasil, ISSN 2177-7055. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15645>. Acesso em: 20 nov. 2017.

BATISTA, Nilo. “Só Carolina não viu”: violência doméstica e políticas criminais no Brasil. In: MELLO, Adriana Ramos (org.). *Comentários à Lei de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BRASIL. IPEA. *Tolerância social à violência contra as mulheres*. 2014. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/SIPS/140327_sips_violencia_mulheres_novo.pdf. Acesso em: 27 jun. de 2016.

BOURDIEU, Pierre. A dominação masculina. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999.
Disponível em:
http://www.sertao.ufg.br/up/16/o/BOURDIEU__Pierre._A_domina%C3%A7%C3%A3o_masculina.pdf?1332946646. Acesso em: 20 nov. 2017.

BUTLER, Judith. “Variações sobre sexo e gênero: Beauvoir, Wittig e Foucault” In:
BENHABIB, Seyla & CORNELL, Drucilla. Feminismo como crítica da modernidade. Rio de
Janeiro: Editora Rosa dos Tempos, 1987.

2. MULHERES, APESAR DO CÁRCERE

(O resumo se refere ao projeto de extensão de mesmo nome)

Ellen Cristina Carmo Rodrigues
Igan Figueiredo Mainieri Silveira
Ayla Sara Castilho de Paula
Marina Coimbra de Azevedo Quelhas
Milena Regina De Paula Silva
Mario José Bani Valente
Eduardo Khoury Alves

Palavras-chave: mulheres, encarceramento, Justiça Restaurativa, remição pela leitura.

O presente projeto de extensão acadêmica representa uma iniciativa do NEPCrim que, através de 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, o projeto in tela visa a formalização do “Mulheres, apesar do cárcere”, cujas atividades extensionistas serão planejadas no NEPCrim e executadas, em parceria com a Vara de Execuções Penais da Comarca de Juiz de Fora/MG, junto às detentas ora custodiadas na Penitenciária Professor Ariosvaldo Campos Pires, na mesma cidade. Os encontros com as detentas serão semanais, sendo realizados, atualmente, às sextas-feiras, de 09 às 12:00h, podendo tal horário ser estendido e/ou modificado de acordo com a demanda. As atividades serão realizadas através das práticas de Justiça Restaurativa e também dos métodos pedagógicos-educativos, de modo que a cada 3 encontros será concluído o estudo de uma obra literária, em consonância com a Resolução 44/2013 do Conselho Nacional de Justiça, que regulamenta a remição de pena pela leitura.

Referências Bibliográficas

- BATISTA, Vera Malaguti. Dífíceis ganhos fáceis - drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, 2003a.
- BECKER, Howard S. Outsiders: estudos de sociologia do desvio. Trad. Maria Luiza X. de Borges. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 2008.
- BIRMAN, Joel. Subjetivações e risco na atualidade. In: Revista Epos, v. 4, n. 1, jan./jun. 2013.
- BOURDIEU, Pierre. A miséria do mundo. 8. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2011.
- CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. Cidade de muros: crime, segregação e cidadania em São Paulo. São Paulo: Ed. 34/Edusp, 2000.
- COHEN, Albert. Delinquent boys: the culture of the gang. New York, The Fress Press e London: Collier Macmillan Publishers, 1971.

3. ALÉM DA CULPA: justiça restaurativa para adolescentes

(O resumo se refere ao projeto de extensão de mesmo nome)

Ellen Cristina Carmo Rodrigues
Leandro Oliveira Silva
Gabriela de Souza Teixeira de Vasconcellos
Mariana Gaudereto Sena

Palavras-chave: extensão acadêmica; Justiça Juvenil; ato infracional; Justiça Restaurativa

O presente trabalho visa apresentar os resultados alcançados no Além da Culpa: Justiça Restaurativa para adolescentes em conflito com a lei, que consiste em um projeto de extensão acadêmica realizado mediante convênio entre a Faculdade de Direito da UFJF e a Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais, e tem por objetivo a aplicação das técnicas da Justiça Restaurativa nos processos de apuração de atos infracionais e/ou execução de medidas socioeducativas que tramitam na Vara da Infância e Juventude de Juiz de Fora/MG. O projeto, que está em execução desde 2015, registra mais de cem círculos restaurativos concluídos, além de fóruns, seminários e cursos de capacitação sobre o tema. Os resultados já alcançados se mostraram majoritariamente positivos, o que estimula esforços para o fortalecimento e a expansão da utilização da metodologia da Justiça Restaurativa na resolução de conflitos criminais, bem como impulsiona a necessidade de repensar o modelo de Justiça Retributiva tradicionalmente praticado no Brasil, tendo em vista sua deficiência no trato das relações humanas.

Referências Bibliográficas

BATISTA, Vera Malaguti. A juventude na criminologia. In: BOCAUYVA, Helena & NUNES, Sílvia Alexim (Org.). Juventudes, subjetivações e violência. 1 ed. Rio de Janeiro: Contra Capa, 2009. p. 91-99.

_____. A criminalização da juventude popular no Brasil: histórias e memórias de luta na cidade do Rio de Janeiro. BIS – Boletim do Instituto de Saúde, v. 44, p. 19-22, abr. 2008.

_____. Adeus às ilusões "re". In: COIMBRA, Cecilia Maria Bouças; AYRES, Lygia Santa Maria; NASCIMENTO, Maria Livia do. (Org.). Pivetes: Encontros entre a psicologia e o judiciário. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2008, p. 195-199.

_____. Filicídio. In: RIZZINI, Irene; CORONA, Ricardo Fletes; ZAMORA, Maria Helena; NEUMANN, Mariana Menezes. (Org.). Crianças, adolescentes, pobreza, marginalidade e violência na América Latina e Caribe: relações indissociáveis?. Rio de Janeiro: Quatro Irmãos/FAPERJ, 2006. p. 253-260.

_____. Dífceis ganhos fáceis - drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, 2003.

BRASIL. Lei 12594/2012, de 18 de janeiro de 2012. Institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/12594.htm>. Acesso em: 18 maio 2015.

_____. Lei nº 8069/1990, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 13 jun. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 13 abr. 2015.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, Brasília, DF: Senado, 1988. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010). Disponível na íntegra em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 3 maio 2015.

DÜNKEL, Frieder; HORSFIELD, Philip & PĂROȘANU, Andrea (Orgs.). European research on Restorative Juvenile Justice. Vol. I. Research and Selection of the Most Effective Juvenile Restorative Justice Practices in Europe: Snapshots from 28 EU Member States. Bruxelas: International Juvenile Justice Observatory, 2015.

RAMÍREZ, Juan Bustos. El Derecho Penal del Niño-Adolescente. Estudio de la Ley de Responsabilidad Penal del Adolescente. Santiago: Salesinos Impresores S.A., 2007.

RODRIGUES, Ellen. A Justiça Juvenil no Brasil e a responsabilidade penal do adolescente: rupturas, permanências e possibilidades. Rio de Janeiro: Revan, 2017.

4. NEPCRIM (NÚCLEO DE EXTENSÃO E PESQUISA EM CIÊNCIAS CRIMINAIS DA FACULDADE DE DIREITO DA UFJF)

Ellen Cristina Carmo Rodrigues
Ayla Sara Castilho de Paula
Mario José Bani Valente
Eduardo Khoury Alves
Igan Figueiredo Mainieri Silveira
Marcella Capaz Rodrigues Pádua
Otavio Lacerda de Paula Silva
Marina Carvalho Silva
Mariana Gaudereto Sena

Palavras-chave: Ciências Criminais, extensão, pesquisa.

O presente programa 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, 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.

Referências Bibliográficas

BATISTA, Vera Malaguti. Díficeis ganhos fáceis - drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, 2003a.

BECKER, Howard S. Outsiders: estudos de sociologia do desvio. Trad. Maria Luiza X. de Borges. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 2008.

BIRMAN, Joel. Subjetivações e risco na atualidade. In: Revista Epos, v. 4, n. 1, jan./jun. 2013.

BOURDIEU, Pierre. A miséria do mundo. 8. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2011.

CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. Cidade de muros: crime, segregação e cidadania em São Paulo. São Paulo: Ed. 34/Edusp, 2000.

COHEN, Albert. Delinquent boys: the culture of the gang. New York, The Fress Press e London: Collier Macmillan Publishers, 1971.

COIMBRA, Cecília. & NASCIMENTO, Maria Lívia do. Juventude normatizada, moralizada e violentada: alguns modos de subjetivação contemporâneos. In: BOCAYUVA, Helena & NUNES, Silvia Alexim (Org.). Juventudes, subjetivações e violência. Rio de Janeiro: Contra Capa, 2009. p. 41-50.

DÜNKEL, Frieder. Youth Justice in Germany. Oxford Handbooks Online. 25 Feb. 2016. Disponível em: <<http://www.oxfordhandbooks.com/view/10.1093/oxfordhb/9780199935383.001.0001/oxfordhb-9780199935383-e-68>>. Acesso em: 20 fev. 2016.

5. "UM JOGO DE VOCÊ": a teoria dos jogos como criadora de autonomia na mediação

Fernando Guilhon De Castro
John Pablo Gama
Victoria Presoti Paixão
Luiza Delben Santos Silva
Letícia De Camargo Barbosa

Palavras-chave: Mediação. Teoria dos Jogos. Autonomia. Cooperação. Negociação

A presente pesquisa tem como objetivo estudar a teoria dos jogos na realidade prática e demonstrar como ela surge e gera autonomia para as partes. Partiremos de estudos de casos concretos do Dialogar Núcleo de Mediação, escolhidos pelas abordagens diferenciadas utilizadas, demonstrando as técnicas utilizadas, o número de sessões, a evolução das partes no que tange à autonomia, a evolução do círculo virtuoso nos casos e as mudanças pós-mediação. Utilizaremos a perspectiva da teoria dos jogos segundo John Nash, que incorpora o conceito de equilíbrio Nash e cooperação. Seguiremos de uma abordagem de autonomia de Gustin, como capacidade de negociar, analisando empoderamento e empatia das partes. Por fim analisaremos os pontos em comum dos casos e como a teoria dos jogos influenciou e se nos desenvolveu, saindo de uma ótica individualista para uma cooperativa.

O projeto é coordenado pelo professor Ms. Fernando Guilhon de Castro, que tem estado à frente das atividades até o momento. Formado também por equipes multidisciplinares; atualmente com psicólogos e assistentes sociais como parceiros externos, o Dialogar é constituído de alunos que exercem as funções de mediadores e atuam nos casos, alunos esses do direito, porém também aberto para outros cursos da UFJF.

O aspecto transformativo, apesar de ser o foco do Dialogar, não é o único. Nesses dois anos, pudemos observar investidas diversas em diferentes casos, tudo de acordo com a necessidade da situação. Mais à frente demonstraremos as distintas abordagens nos casos a serem analisados. Outras facetas utilizadas no projeto são a mediação linear de Harvard e a narrativa. Nesse sentido, o Dialogar segue uma abordagem parecida com a do Reino Unido, que mescla diferentes tipos de mediação de acordo com as necessidades do caso, combinando diferentes aspectos de distintos modelos para atender os participantes.

A mediação transformativa foca no reconhecimento, no empoderamento e na autonomia das partes no que toca à capacidade de as mesmas de gerirem o próprio conflito. A transformação em como as partes veem a si e ao outro no conflito é, muitas vezes, o foco da abordagem. O acordo acaba sendo mero reflexo da transformação das partes, de modo que até é possível um simples acordo verbal entre elas. Na mediação transformativa vemos bem o caráter pedagógico da mediação, pela qual as partes estão preparadas para gerir seus próprios conflitos atuais e futuros sentindo-se capacitadas para aplicar as técnicas no seu dia a dia.

O mediador na mediação transformativa tem total liberdade para deixar transparentes as técnicas que utilizará com as partes, o que ajuda na própria construção de uma agenda, que são os próximos passos a serem tomados na mediação, tanto como as estratégias a serem tomadas. Segundo Cristina Silveira, é na agenda que o mediador descreve fatos relacionados ao comportamento das partes, sua linguagem e seu desenvolvimento, apontando seus avanços e dificuldades, em tempo real. Tais apontamentos são imprescindíveis para a avaliação da continuidade de técnicas utilizadas.

John Von Neuman em 1940 escreveu o primeiro artigo relevante sobre teoria dos jogos, comparando problemas de comportamento econômico com soluções de alguns jogos de estratégia. Muitas de suas teses são usadas até hoje.

Desenvolvida no Século XX, pós Primeira Guerra Mundial, a teoria dos jogos é uma teoria da matemática aplicada e da economia que busca estudar decisões e condutas de maneira estratégica. O conflito é o foco. De acordo com Morton Deutsch conflito: "ocorre quando atividades incompatíveis acontecem. Estas atividades podem ser originadas em uma pessoa, grupo ou nação".

Com estudos de Emile Borel ainda no Século XX, o comportamento de jogadores em jogos de mesa (principalmente o pôquer) foi alvo de suas análises. Borel constatou que os jogadores se baseavam na expectativa da jogada do outro para perpetrarem as suas próprias jogadas. Assim um jogador atuava de acordo com o que pensava ou tinha como expectativa da jogada do adversário e vice-versa.

De acordo com Elson L. A. Pimentel em situações em que há sobreposições de interesses, as decisões de cada agente não são movidas apenas pelos próprios desejos e crenças, mas deve ser considerada em conjunto com os desejos e crenças dos outros. Assim, as consequências não atingem só o agente individualmente, mas como afetará o outro. Essa interdependência é o que podemos notar da teoria dos jogos quando aplicada ao comportamento humano em uma negociação.

Muito dessa teoria clássica dos jogos se baseia na ideia de Adam Smith de competição. De acordo com o mesmo, em uma competição, os indivíduos devem buscar o melhor para si. Os melhores ganhariam um melhor quinhão. Assim temos uma visão bastante individualista do conflito.

John Forbes Nash Jr. revolucionou a teoria dos jogos com seu conceito de equilíbrio, em uma partida com muitas rodadas e sem possibilidade de certeza do resultado, os jogadores tendem a cooperar, no sentido de buscar estratégias para maximizar seus ganhos de maneira conjunta.

Complementando os conceitos de Adam Smith, para o qual em um grupo os indivíduos devem maximizar seus ganhos individuais, John Nash apresenta a noção de que os indivíduos devem buscar maximizar os ganhos através da cooperação. Complementando a ideia de competição com a de cooperação: "Se todos fizerem o melhor para si e para os outros, todos ganham". Nash assim defende que é possível agregar valor por meio da cooperação.

A possibilidade de afastar-se de uma lógica litigiosa de perde-ganha, para uma lógica de ganha-ganha, ou até mesmo ganha-ganha-ganha. A cooperação de Nash permite trabalhar o indivíduo e o outro ao mesmo tempo e de maneira adjacente, de maneira que os ganhos tanto individuais como coletivos vão ocorrer. Concebamos uma relação familiar, um casal com filhos está discutindo pensão e visitas. Nessa lógica de ganha-ganha, ambos poderiam satisfazer seus interesses individuais de maneira cooperativa, criando respostas criativas e que respeitem os limites de cada um. E ao mesmo tempo a lógica de ganha-ganha-ganha também poderia ser obtida, uma vez que não só eles, mas toda a família ganharia nessa construção cooperativa e pacífica de resolução conflitual.

Autonomia está diretamente ligada ao conceito de se autogovernar. Etimologicamente, autos: a si; nomos: regra ou lei. Segundo Gustin ser autônomo é: "aquele capaz de fazer escolhas próprias de formular objetos pessoais respaldados em convicções e de definir estrategistas mais adequadas para atingi-los. Em termos mais irrestritos o limite da autonomia equivaleria a capacidade de ação de intervenção de pessoa ou do grupo sobre as condições de sua vida".

Na mediação o conceito de autonomia está ligado a ideia de tomar decisões, de negociar e empoderamento. A mediação deve estimular a autonomia das partes, no sentido de continuamente o mediador dar voz e estimular as partes a negociar e gerar opções. Juan Vezzulla possui um conceito bastante apropriado, chamado de "mediador biodegradável", que é o mediador que não "aparece" na negociação, no sentido de sempre estimular as partes a falarem e a propor soluções por si mesmas. Para o autor, quanto mais as partes se destacarem e

o mediador estiver “passivo”, melhor será a mediação, justamente por respeitar a ideia cerne da mediação que é autonomia das partes.

A autonomia inicia-se na própria imagem da voluntariedade da mediação, As partes não são intimadas, mas convidadas e também na ideia de as partes poderem sair a qualquer momento da mediação.

Como já trabalhado anteriormente, a teoria dos jogos, principalmente com a visão de Nash possibilita as partes a buscarem estratégias individuais e ao mesmo tempo coletivas. Há uma busca pela maximização dos ganhos individuais de maneira cooperativa. A lógica ganha-ganha-ganha. Essa visão cooperativa possibilita as partes a reconhecer uns aos outros e ao mesmo tempo a se empoderarem.

Empoderamento segundo Baquero (2007) é o processo no qual indivíduos, organizações ou comunidades adquirem controle sobre as questões de seu interesse. Aplicando a mediação, é quando as partes tomam a responsabilidade do conflito para si. “Tomando as rédeas” da situação e assumindo postura ativa para com a situação. Muitas vezes isso aparece na forma de geração de opções, na própria postura negocial das partes e na não mais dependência para com o mediador. Muitas vezes as partes enxergam no mediador um terceiro que resolverá suas demandas. Isso deve ser desconstruído pelo mediador, que sempre deverá estimular as partes a assumirem a situação e responsabilidade para si.

Segundo Nathane Fernandes, é comum em um conflito o rompimento na comunicação e no diálogo. Isso leva os envolvidos a buscarem alguém que confirme suas razões ou que fique do lado delas. É uma maneira dos envolvidos afastarem do problema, não se responsabilizando pela sua solução, desejando o extermínio.

Uma faceta importante da autonomia é a responsabilidade. Uma vez capaz de realizar uma conduta, o indivíduo deve ter responsabilidade sobre ela. Ter essa percepção é importante no próprio jogo de negociação. Muitas vezes essa responsabilidade pode ser alcançada pela inversão de papéis ou até choque de realidade. Fazer a parte ver sua situação como um todo ou consiga ver a situação atual pelos olhos do outro pode gerar bons frutos nesse aspecto. Nos casos a serem analisados, veremos isso.

Conclui-se que a teoria dos jogos possibilita as partes obterem empoderamento e autonomia.

Referências Bibliográficas

ALMEIDA, Maurício Vicente Silva. A Mediação como Instrumento de Pacificação Social e Democratização da Justiça. CUNP/FUNADESP. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?artigo_id=8622&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em 22 de outubro de 2017.

BRASIL, CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Azevedo, André Gomma de (Org.). Manual de Mediação Judicial. 5ª Ed. Brasília: CNJ, 2015.

BRASIL, LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em 09 de outubro de 2017.

BRASIL, LEI Nº 13.140, DE 26 DE JUNHO DE 2015. Lei de Mediação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em 09 de outubro de 2017.

CRUZ, Perla. Vamos conciliar: Entenda a diferença entre mediação Judicial e Extrajudicial <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI257520,11049Entenda+a+diferenca+entre+mediacao+Judicial+e+Extrajudicial> > Acesso em 20 de outubro de 2017.

DEUTSCH, Morton. A resolução de Conflito: processos construtivos e destrutivos. In: AZEVEDO, André Gomma de (Org.). Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação. Vol.3. Brasília: Grupos de Pesquisa,2004.

ENAM, Manual de Mediação Judicial. 4ª edição, 2013.

PARKINSON, Lisa. Mediação Familiar. Editora Del Rey, 4ª edição. 2016.

PEREIRA, Júnior, Sylvio. Mestrado em Sistema de Resolução de Conflitos. Rio de Janeiro: Sapere, 2015.

PIMENTEL, Elson. Dilema do Prisioneiro. Editora Argvmentvm 1º edição, 2007.

PORTA – EDUCAÇÃO, Colunista. A distinção entre a posição e o interesse. Disponível em: <<https://www.portaleducacao.com.br/conteudo/artigos/direito/a-distincao-entre-a-posicao-e-o-interesse/46769>>. Acesso em 10/2017.

Programa de Mediação de Conflitos, editora Ius. 1ª edição,2009.

OLIVEIRA, João D Caetano de. O MEDIADOR BIODEGRADÁVEL. Disponível em: <<http://vezzulla.com.br/mediador-biodegradavel/>>. Acesso em 10 de outubro de 2017.

SILVA, Aline Cardoso da. A Mediação Familiar Extrajudicial: como a teoria dos jogos pode auxiliar na organização da família em caso de divórcio para casais que possuem filhos. 50 f. Monografia (graduação). Curso de Direito, Universidade Federal de Juiz de Fora. 2015.

SILVA, Luísa Costa da. Mediação Transformativa: instrumento de promoção da autonomia. 48 f. Monografia (graduação). Curso de Direito, Universidade federal de Juiz de Fora. 2016.

SILVA, Nathane Fernandes da. Curso de Capacitação em Mediação. Universidade Federal de Juiz de Fora. Juiz de Fora: outubro de 2015.

TAYLOR, Clauce. Adam Smith-pai e inventor da economia. Disponível em: <<https://pt.linkedin.com/pulse/adam-smith-pai-e-inventor-da-economia-escoc%C3%AAscidade-clauce-taylor>>. Acesso em 10 de outubro de 2017

6. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A PRÁTICA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA POR ADOLESCENTES

Ellen Cristina Carmo Rodrigues
Lídia Carolina Delage Da Fonseca

Palavras-chave: Lei Maria da Penha. Estatuto da Criança e do Adolescente. Medidas protetivas. Medidas Socioeducativas.

O presente trabalho tem como escopo refletir a prática de violência doméstica por adolescentes, propondo analisar um possível diálogo entre a Lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha) e a Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Tanto a mulher vítima de violência doméstica quanto a criança e o adolescente, em virtude de suas especificidades, receberam particular atenção do legislador. Todavia, persiste um contraste entre o discurso jurídico e a prática legal. A Lei 11.340/06, conhecida como Lei Maria da Penha, visa a coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher (artigo 1º). Ela propõe um tratamento integral, multidisciplinar e em rede às vítimas de alguma forma de violência praticada no âmbito da unidade doméstica, da família e de qualquer relação íntima de afeto, nos termos dos artigos 5º e 7º da referida lei. Já a Lei 8.069/90, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), cuida da proteção integral à criança e ao adolescente, em virtude de sua condição peculiar de “pessoa em desenvolvimento” (artigo 6º), garantindo a ele uma série de direitos, inclusive o da convivência familiar e comunitária (Capítulo III). Diante dessas duas legislações específicas, questiona-se como tratar o adolescente autor de violência doméstica e a possibilidade de aplicação das medidas protetivas previstas na Lei 11.340/06. Primeiramente, cumpre ressaltar o tratamento penal disposto no ECA. Segundo o artigo 103 desse estatuto, ato infracional é um crime ou contravenção penal praticada por um adolescente, isto é, pessoa de 12 a 18 anos de idade, conforme o artigo 2º do mesmo diploma legal. Verificada a prática do ato infracional, o juiz da Vara da Infância e Juventude poderá aplicar uma das medidas socioeducativas do artigo 112 da Lei 8.069/90. Caso o crime ou a contravenção for praticada por menor de 12 anos, isto é, por criança, não cabem medidas socioeducativas, mas apenas as medidas de proteção elencadas no artigo 101 do referido estatuto. A proposta, então, deste estudo é analisar as consequências jurídicas da prática de violência baseada no gênero por um adolescente em contexto doméstico e familiar. É o caso, por exemplo, de pessoa entre 12 e 18 anos de idade que atenta contra a avó ou a mãe, considerando a condição de mulher da ascendente como inferior. A Lei 11.340/06 não se estendeu sobre a possibilidade de o agressor ser adolescente. Em seu artigo 13, meramente afirma que será aplicada “a legislação específica relativa à criança, ao adolescente e ao idoso que não conflitem com o estabelecido nesta Lei.” Neste ínterim, diversos questionamentos de ordem prática se impõem, como a viabilidade de afastar o adolescente agressor do lar e da convivência da ofendida, medida esta disposta no artigo 22, inciso II da Lei Maria da Penha. Não parece viável retirar pessoa em desenvolvimento do próprio lar, uma vez que a convivência familiar e comunitária é direito assegurado pelo Capítulo III do ECA. O Enunciado nº 40 do Fórum Nacional de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher estabelece que: “em sendo o autor da violência menor de idade, a competência para analisar o pedido de medidas protetivas previstas na Lei 11.340/06 é do juízo da Infância e Juventude.” Tal preceito, diante da omissão da Lei Maria da Penha, leva a crer que prevalece nessas circunstâncias o Estatuto da Criança e do Adolescente, afastando a possibilidade de aplicação das medidas protetivas, devendo, então, serem impostas medidas socioeducativas. Sendo assim, uma possível solução seria a internação do autor dos fatos em estabelecimento educacional, conforme o inciso VI do artigo 112 da Lei 8.069/90. Todavia, o internamento em si é passível de diversas críticas e retorna a questão de afastar o adolescente do convívio com a

família e com a comunidade. É imperioso destacar ainda que as crianças e os adolescentes são alvo de processos de criminalização pela mídia, pois diariamente vende-se a ideia do “menor infrator”. Por trás de notícias sensacionalistas, a realidade denuncia escassos investimentos capazes de efetivar os direitos e garantias a eles assegurados por lei. A Justiça Juvenil caminha em sentido antagônico ao esperado: oprime e não protege. Muitas crianças e adolescentes brasileiros não têm acesso pleno à educação pública e de qualidade, não encontram condições dignas de trabalho, não são contemplados por programas de lazer, cultura e entretenimento. Suas trajetórias são marcadas precipuamente pela violência. A conduta do adolescente deve, portanto, ser vista como tentativa de domínio de situações de conflito social e emocional, não deve ser encarada como um fato isolado. Para compreender o fenômeno da violência doméstica praticada por adolescentes, deve-se considerar o contexto social marginalizado em que a grande maioria desses “menores infratores” estão inseridos. Um adolescente que praticar atos de violência contra a mulher no ambiente familiar e/ou doméstico não deve ser encarado como um agressor nos termos da Lei Maria da Penha, mas sim como um hipossuficiente, cuja condição peculiar de pessoa em desenvolvimento (art. 227, § 3º, V, CF) merece respeito. Afastar a aplicabilidade da Lei 11.340/06 ou a medida de internamento não significa impunidade, a qual é propagada de forma tão temerosa pela mídia de massa. Faz-se necessário abandonar a crença em um sistema punitivista exclusivamente estatal e repensar todo o nosso modelo de “proteção” à infância e à adolescência. É importante dar um basta aos eufemismos do discurso e buscar soluções efetivas no trato da violência doméstica praticada por adolescentes, atribuição esta não exclusiva do Direito Penal, mas sim da nossa sociedade como um todo, de cada um de nós enquanto agentes de transformação social. Afinal, nossas crianças e nossos adolescentes são herdeiros da realidade que construímos e suas atitudes muito refletem o que para eles deixamos.

Referências Bibliográficas

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Criminologia e feminismo: da mulher como vítima à mulher como sujeito na construção da cidadania. V. 18 n. 35 (1997). UFSC, Florianópolis, SC, Brasil, ISSN 2177-7055. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15645>. Acesso em: 12/04/2018.

CAMPOS, Carmen Hein de. Desafios na implementação da Lei Maria da Penha. Revista Direito GV. São Paulo, 2015. V. 11 (2), p. 391- 406. Disponível em: <http://direitosp.fgv.br/publicacoes/revista/artigo/desafios-implementacao-lei-maria-penha>. Acesso em: 10/04/2018.

FONSECA, Antonio Cezar Lima da. Ato infracional e Lei Maria da Penha. São Paulo: Atlas, 2011. Revista do Ministério Público do RS. N. 71. P. 35/51. Disponível em: http://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista_artigo/arquivo_1342123626.pdf Acesso em: 29/03/2018.

RODRIGUES, ELLEN. A justiça Juvenil no Brasil e a responsabilidade penal do adolescente: rupturas, permanências e possibilidades. 1. Ed. – Rio de Janeiro - Ed. Revan, 2017.

SANTOS, Juarez Cirino. O adolescente infrator e os direitos humanos. In: Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade, Rio de Janeiro: ICC, v. 9/10, p. 173 et seq., 2000. Disponível em: <http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2013/01/adolescente_infrator.pdf>. Acesso em: 20/03/2018

7. A EXTRAFISCALIDADE DA TAXA DE COLETA DE RESÍDUOS SÓLIDOS

Elizabete Rosa De Mello
Laura Fonseca Simon
Víctor Luna Vidal

Palavras-chave: Extrafiscalidade. Taxa de Coleta de Resíduos Sólidos. Meio ambiente.

Contemporaneamente, a atividade arrecadatória do Estado é concebida como um mecanismo intrínseco à realização de serviços públicos e à promoção dos direitos fundamentais. Para compreender a conformação tributária nacional e o desenvolvimento de políticas públicas em matéria ambiental, torna-se notável a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988), que, além de instituir princípios limitadores ao poder de tributar (MACHADO, 2016), adotou a função extrafiscal como ferramenta para o desenvolvimento de políticas públicas (BEVILACQUA, s.d.).

A extrafiscalidade, de modo diverso ao recorrente propósito meramente arrecadatório, tem como fundamento preponderante o estímulo ou a inibição de comportamentos pelos cidadãos. Desse modo, conforme Silva (2007), ela tem o potencial tanto de atender às necessidades da economia, quanto de corrigir anomalias sociais indesejadas e fomentar atividades que consagrem os valores constitucionais.

Neste contexto, a extrafiscalidade tributária torna-se elemento indispensável à noção de Tributação Justa tão cara ao Estado de Direito. Realçando a perspectiva democrática vigente, o conceito traduz-se na composição de um conjunto de princípios e institutos que tem como escopo a defesa do cidadão em face da insaciedade do Estado por aumentar suas arrecadações, consolidando verdadeiro instrumento de exercício da cidadania. Rechaça-se, portanto, o emprego do dinheiro público de forma irresponsável, ineficiente e não transparente (MELLO, 2013).

Abarcando a lógica extrafiscal, a Tributação Justa tem como objetivo o atendimento das necessidades de caráter público e dos parâmetros constitucionais (MELLO, 2013). Dentre os valores tutelados pelo mecanismo tributário em análise, tem-se a proteção ambiental que, no ordenamento jurídico nacional, é alçada à categoria de direito fundamental pelo constituinte de 1988.

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado corresponde a uma necessidade social de caráter imperativo, estando consagrado no artigo 225 da Constituição (BRASIL, 1988). Por conseguinte, a tutela ecológica é considerada um dever para com as atuais e as futuras gerações, sendo objeto da responsabilidade do Estado e de todos os indivíduos.

Embora a extrafiscalidade tributária e a temática ambiental sejam elementos aparentemente distantes, a sua associação pode contribuir significativamente para a sociedade contemporânea. Neste sentido, a presente reflexão tem como escopo a adoção de incentivos fiscais de forma a contribuir com o meio ambiente e, em contrapartida, reduzir a carga tributária tão custosa ao cidadão, concretizando, portanto, o direito à Tributação Justa.

Dentre as diversas espécies tributárias existentes, a taxa, é tributo que merece destaque no presente trabalho. Tal tributo, de competência comum dos Entes da Federação, tem como fato gerador uma atividade estatal *uti singuli*, isto é, intrínseca ao contribuinte. Neste diapasão, o art. 145, inciso II da Constituição (BRASIL, 1988), assim como o art. 77 do CTN (BRASIL, 1966), constam de expressa previsão normativa da taxa, a qual pode ter como fato gerador o exercício regular do poder de polícia ou a prestação de serviço público específico ou divisível, ou a colocação deste à disposição do contribuinte. Os serviços são específicos e divisíveis se

possível a mensuração da utilização de seus usuários, tendo, como exemplo, a taxa para a obtenção de passaporte.

Quanto à taxa relativa a serviços, vislumbra-se o seu caráter contraprestacional, seja pelo cumprimento efetivo do serviço, seja pela simples disponibilidade de prestação deste ao contribuinte, nos termos do artigo 79 do Código Tributário Nacional (BRASIL, 1966).

Com relação ao poder de polícia, o art. 78 do Código Tributário Nacional (BRASIL, 1966), define-o como poder de o Estado de restringir a liberdade e propriedade de todos, a fim de defender o interesse público. Considerando que cada pessoa, individualmente, tem interesse na preservação do bem-estar geral, a referida espécie abrange diversas searas de incidência, pode-se citar como exemplo a taxa de licença para publicidade ou, ainda, a taxa de licença para construções.

Ainda que não haja entendimento uniforme quanto ao desempenho da função extrafiscal pela taxa, reconhece-se a sua função inibidora e fomentadora de condutas no que tange ao meio ambiente. Exemplificativamente, destaca-se a taxa de coleta de resíduos sólidos, também conhecida como taxa de coleta de lixo.

A espécie tributária em análise tem como sujeitos passivos proprietários de imóveis edificados beneficiados por coleta domiciliar de lixo, não incidindo sobre lotes vazios, vagas de garagem constituídas em imóveis autônomos e barracões.

Nos termos do verbete da Súmula nº 19 do STF, sua cobrança é considerada legal e constitucional, visto que atende os critérios da especificidade e da divisibilidade (BRASIL, 2009). Para instituí-la, os Municípios devem colocar o serviço de coleta de lixo à disposição dos usuários. Porém, inúmeros entes municipais brasileiros utilizam da base de cálculo do imposto predial e territorial urbano (IPTU) a fim de apurar o valor a ser cobrado por esta taxa.

Tendo em vista a vedação de cobrança de tributos diferentes com a mesma base de cálculo, o Supremo Tribunal de Federal (BRASIL, 2008) reconheceu a constitucionalidade da apuração do montante devido a termos de tal taxa, desde que não se verifique identidade integral entre a base de cálculo desta taxa com o referido imposto municipal, conforme entendimento consolidado no RE 576321, com julgamento em 13 de fevereiro de 2009, sob a relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski.

Desse modo, torna-se a questão problemática, visto que se discute como os requisitos para a apuração da base de cálculo podem se adequar à noção de serviço público divisível (*uti singuli*) atribuível à taxa de coleta de resíduos sólidos. Muito embora o escopo normativo seja aquele de individualização do contribuinte, resta evidente que o funcionamento deste instituto não particulariza o cidadão em si, uma vez que a análise da especificidade é o próprio imóvel. Porém, nota-se que não é possível investigar a produção de lixo de cada contribuinte apenas com fulcro em aspectos puramente objetivos do imóvel urbano.

Conquanto a intenção que permeia a taxa da coleta de resíduos sólidos seja a disponibilização de um serviço público essencial que permita a higiene urbana, demonstra-se que o cálculo deste tributo deveria ter cunho particularizado. Não é razoável que a cobrança seja generalizada, desprezando as especificidades de cada contribuinte, sobretudo, em um Estado que promova políticas públicas ambientais, consoante o preceito fixado no art. 225 da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

A cobrança tributária deve atender, portanto, aos critérios da extrafiscalidade, tendo em vista a busca por um meio ambiente ecologicamente equilibrado, de modo a estimular comportamentos benéficos quanto à coleta de lixo.

A cobrança genérica da taxa afasta, até mesmo, a natureza *uti singuli* desta espécie tributária, haja vista que a natureza da taxa, em si, exige serviços públicos específicos e individualizados. Assim, a particularização deve atender a critérios que permitam sua consolidação, sobretudo, em cidades de grande porte. Não se poder permitir é a manutenção de taxas genéricas desvinculadas da integralidade do cunho social.

Desse modo, destaca-se a possibilidade de redução das taxas referentes à coleta de resíduos sólidos às residências que produzirem menos lixo ou, ainda, promoverem a coleta seletiva do seu lixo, destinando o mesmo ao sistema local de reciclagem, por exemplo.

Nos países europeus, por exemplo, adotou-se um sistema conhecido como PAYT (*pay-as-you-throw*), termo que significa “pague pelo que se descarta” (CEARÁ, 2014) Em face das particularidades de cada Município, a base de cálculo da referida taxa ocorre em função do volume ou do peso dos volumes descartados, tendo como fundamento a análise do custo da coleta, bem como a destinação final dos resíduos (Id., 2014).

Nos Estados Unidos, cidades que dispõem do sistema PAYT utilizam três principais tipos de coleta: sacos com identificação, latões de tamanhos variados ou um sistema que utilize ambas as modalidades. Os Municípios americanos que adotam tal sistema obtiveram um decréscimo de 16% (dezesesseis por cento) a 17% (dezessete por cento) na produção de resíduos e um aumento de 5% (cinco por cento) na reciclagem (Id., 2014).

Em contraposição, no Brasil, a cobrança da taxa da coleta de resíduos sólidos é, em sua maioria, desvinculada da participação do contribuinte no que tange à produção de lixo, postura esta não consentânea com o dever constitucional de manutenção da qualidade ambiental.

Assim, devem ser considerados critérios específicos em relação a cada Município. Para tanto, podem ser utilizados parâmetros tais como quantidade de moradores em cada domicílio, quantidade de lixo produzido, número de habitantes da região e custo do serviço de coleta são alguns daqueles critérios que devem ser necessariamente considerados em qualquer análise, a fim de investigar a possibilidade de isenção parcial ou total desta espécie tributária.

Por meio do modelo PAYT, a gestão fiscal promovida pelo Poder Público pode promover profundas alterações na coletividade ao contemplar comportamentos sociais de modo a se obter incentivos tributários. Assim, a adoção de políticas públicas em matéria ambiental tributária corresponde a um instrumento essencial à gestão planejada da Administração Pública para a concretização os direitos fundamentais.

Referências Bibliográficas

BEVILACQUA, Karen Afonso. A extrafiscalidade como mecanismo de políticas públicas ambientais. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=4664965ba7a274df>>. Acesso em: 15 abr. 2018.

BRASIL. Código Tributário Nacional. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172.htm>. Acesso em: 17 abr. 2018.

_____. 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: 18 abr. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Tributário. Contribuições sociais. Contribuições incidentes sobre o lucro das pessoas jurídicas. Lei nº 7.689, de 15.12.88. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=208091>>. Acesso em: 06 abr. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal Recurso Extraordinário n. 576.321-8 SP. Município de Campinas e Helenice Bérghamo de Freitas Leitão. Relator Ricardo Lewandowski. Acórdão, 4 dez. 2008. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=576025>>. Acesso em: 19 abr. 2018.

CEARÁ. Mecanismos de cobrança dos serviços de limpeza pública e manejo de resíduos sólidos. Disponível em: <<http://www.sema.ce.gov.br/attachments/article/44259/Caderno%20Temático%20Mecanismos%20de%20Cobrança%20.pdf>>. Acesso em: 15 abr. 2018.

MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

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

SILVA, Daniel Cavalcanti. A finalidade extrafiscal do tributo e as políticas públicas no Brasil. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/prisma/article/viewFile/218/219>>. Acesso em: 14 abr. 2018.

8. O NÚCLEO ESSENCIAL DO DIREITO À SAÚDE E O CUSTEIO DE TRATAMENTOS NO EXTERIOR

Luciana Gaspar Melquíades Duarte
Víctor Luna Vidal

Palavras-chave: Direito à saúde. Núcleo essencial. Tratamentos no Exterior.

O presente trabalho apresenta as considerações iniciais da pesquisa dos autores no Programa de Mestrado em Direito e Inovação da Universidade Federal de Juiz de Fora.

A elevada demanda judicial pela garantia do direito à saúde suscita acirrados debates quanto à sua possibilidade de efetivação, o que resulta no surgimento do termo judicialização da saúde.

Considerada a limitação dos recursos públicos e a necessidade de atendimentos das demais obrigações estatais, a utilização da via judicial para a obtenção de medicamentos e tratamentos médicos e hospitalares coloca o Poder Judiciário num contexto em que se tem que decidir em situações complexas e, por muitas vezes, delicadas, especialmente quando está em discussão o direito à vida.

Consagrado como um direito fundamental de segunda dimensão, conforme Sarlet (2004), isto é, um direito fundamental social, o direito à saúde reclama a ação estatal positiva para sua efetivação, o que requer a destinação de recursos públicos para tanto.

Sob o lume do Pós-Positivismo jurídico, notadamente pelas contribuições jurídico-filosóficas de Alexy (2017), as normas de direito fundamental são vazadas em regras e princípios dotados de força vinculante. A partir da leitura constitucional, Melquíades Duarte (2011) reconhece o caráter principiológico e, portanto, *prima facie* do direito à saúde no ordenamento nacional, o que conduz à necessidade de ponderação com os demais princípios consagrados no plano normativo.

Apesar da possibilidade de concreção gradual do referido direito, Melquíades Duarte (2013, p. 79), identifica a existência de “um núcleo essencial cuja implementação é inafastável”, consubstanciado em uma norma da natureza de regra, consagrando “direitos definitivos”.

Sendo a vida humana condição de possibilidade para o exercício dos demais direitos, o núcleo em análise corresponde ao conjunto de prestações estatais dirigidas à sua manutenção, adotando-se a nomenclatura de demandas de saúde de primeira necessidade. (MELQUÍADES DUARTE, 2011).

Por seu turno, as demandas de saúde de segunda necessidade estão relacionadas a prestações que promovam a melhoria na qualidade de vida dos indivíduos, “mas que não são suficientes para proteger e garantir o pré-requisito para a fruição da dignidade, qual seja, estar vivo” (Id., 2011, p. 170).

Diante das diversas discussões geradas quanto à judicialização da saúde, este trabalho tem como propósito analisar se a definição do núcleo essencial do direito à saúde enunciada é adequada ao objeto de investigação apresentado: com o desenvolvimento de novas tecnologias e, especialmente, de novos tratamentos de saúde, o Judiciário tem enfrentado demandas cujos tratamentos pedidos não são oferecidos no país, adicionando às já elevadas despesas públicas gastos com transporte e estadia.

Sendo as normas de direito fundamental vazadas em regras e princípios, e, por conseguinte, apresentando a última espécie normativa natureza *prima facie*, isto é, correspondendo a mandamentos que devem ser submetidos à máxima da proporcionalidade à luz do caso concreto, a definição do núcleo essencial, conforme o pensamento de Alexy (p.299-

300, 2017), resulta na manifestação da teoria relativa do núcleo essencial dos direitos fundamentais. Reconhecida a tese da relatividade, constata-se que, diante do caso concreto, a inserção de novos elementos à discussão, isto é, outros princípios colidentes com o direito à saúde, pode resultar em definição do núcleo essencial distinta daquela proposta originalmente por Melquíades Duarte (2011).

De fato, a existência de tratamentos de saúde oferecidos exclusivamente no exterior acarreta o incremento de recursos financeiros a serem custeados pelo Estado, devendo ser consideradas, por exemplo, despesas com estadia e transporte não somente daqueles que têm direito ao tratamento, mas também de seu (s) acompanhante (s). Em se tratando de condição essencial para que o tratamento seja executado e, por consequência, seja a vida protegida, estando tal definição alinhada com o direito à vida garantido constitucionalmente, a definição do núcleo essencial para a hipótese tratada deve abarcar não somente o custeio dos tratamentos de saúde, mas também os já mencionados custos relativos à sua realização no exterior.

Correntemente, a questão revela a ausência de um critério específico dirigido à definição das questões levadas ao Judiciário. No Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, foi decidido no Mandado de Segurança n.º 8.895/DF pelo indeferimento do custeio público de tratamentos em Cuba para os portadores de retinose pigmentar. A partir do referido julgamento, os casos seguintes seguiram a mesma orientação, sendo invocada a Portaria n. 763 (BRASIL, 1994), do Ministério da Saúde, que veda o financiamento dos tratamentos no exterior. No Recurso Extraordinário n.º 368564, contudo, o Supremo Tribunal Federal deferiu aos portadores da enfermidade citada a possibilidade de realizar o tratamento em Cuba.

A controvérsia apresentada indica a existência de um conflito que invoca o princípio da igualdade: por meio dele, o sistema jurídico visa “repelir qualquer tipo de tratamento desigual a usuários que se encontram em situações idênticas” (FLUMINHAN, 2014, p. 129). Assim:

[...] o programa de assistência médica estipulado pelas normas que regem o SUS (leis, decretos, portarias, normas técnicas), conquanto com alguma variação devido a peculiaridades regionais, deve ser essencialmente o mesmo para todo o território nacional. Por isso, a igualdade desejada pelo constituinte é de acesso ao que está disponível pelo sistema (FLUMINHAN, 2014, p. 129).

Considerando que, conforme as regras de carga de argumentação de Alexy (2005), a inserção de novas proposições ao discurso acarreta a obrigação, em caso de questionamento, de novos argumentos, sustenta-se que, diante proposição destacada, para que seja protegida a vida humana, inclusive quando o exercício do seu direito exige a alocação de recursos escassos estatais para o custeio de tratamentos no exterior, o pagamento das despesas acessórias ao tratamento é condição de possibilidade para a materialização do direito à vida. A assertiva destacada, quando analisada a definição do núcleo essencial proposto por Melquíades Duarte (2011), não resulta, em verdade, na adição de um novo elemento à discussão, na medida em que, como possibilidade, o financiamento de tratamentos no exterior diz respeito tão somente ao dever constitucional de proteção da vida, confirmando a sua natureza de regra.

Em se tratando de uma norma regra, e considerando que a Constituição Federal (BRASIL, 1988), embora mencione a articulação de um sistema de serviços de saúde de âmbito nacional, não vede expressamente a possibilidade de garantia dos tratamentos em análise, quando a vida é ameaçada, não parece razoável a suposta prevalência da igualdade de tratamento. Consequentemente, na medida em que não há a referida vedação expressa constitucional, também não há violação à igualdade.

Desse modo, reconhece-se que, independentemente da concepção filosófica adotada:

[...] a vida é um direito do homem oponível aos seus pares e às instituições públicas e privadas, que terão, para com ele, o dever de sua preservação, o que

se confunde com o direito à existência e à integridade física e moral. A ninguém – pessoa física ou jurídica, pública ou privada – será lícito deixar de manter a vida de alguém, quando ele o desejar (MELQUÍADES DUARTE, 2013, p. 94-95).

Tal condição tem sido objeto de estudo pelo legislador nacional, o que resultou no Projeto de Lei nº 120 (BRASIL, 2017). O projeto, que tramita desde 05 de outubro de 2017 na Comissão de Assuntos Econômicos (Secretaria de Apoio à Comissão de Assuntos Econômicos) do Senado Federal, tem como fundamento o princípio da integralidade de assistência no Sistema Único de Saúde – SUS (artigo 1º). Por meio do §1º do artigo 2º do referido projeto, pretende-se abarcar “as despesas referentes ao deslocamento e à estadia do paciente e de dois acompanhantes”.

Embora o projeto apresente algumas limitações que exigem reflexões mais profundas, ele acena para a necessidade de reunião de condições materiais para a manutenção do direito à vida, coincidindo com a proposta da presente investigação. Verifica-se, em princípio, que o critério proposto Melquíades Duarte (2011) atende, portanto, à situação descrita.

Referências Bibliográficas

ALEXY, Robert. Teoria da argumentação jurídica. A teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Zilda Hutchinson Schild Silva (trad.). São Paulo: Landy, 2005.

_____. Teoria dos direitos fundamentais. 2. ed. Virgílio Afonso da Silva (trad.). São Paulo: Malheiros, 2017.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado nº 120, de 2017. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/128887>>. Acesso em: 29 mar. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 8.895/DF. Impetrante: Roberto Thomaz da Silva. Impetrados: Ministro de Estado da Saúde; Secretário de Assistência à Saúde. Relatora: Ministra Eliana Calmon. Brasília, 22 de outubro de 2003. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=1008477&num_registro=200300142650&data=20040607&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 21 abr. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 368564. Recorrente: União. Recorrido: Maria Euridice de Lima Casali. Relator: Ministro Menezes Direito. Brasília, 13 de abril de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=625531>>. Acesso em: 21 abr. 2018.

FLUMINHAN, Vinícius Pacheco. A judicialização do direito à saúde no SUS: limites e possibilidades. 2014. 189 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Metodista de Piracicaba, Piracicaba. Disponível em: <file:///C:/Users/W10/Desktop/11112014_105628_vinicius.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2018.

MELQUÍADES DUARTE, Luciana Gaspar. A eficácia do direito social à saúde. Ética e filosofia política. Juiz de Fora, v.1, n. 16, p. 77 – 105, jul. 2013. Disponível em: <<http://www.ufjf.br/eticaefilosofia/edicoes/anteriores/numero-xvi-volume-i-julho-de-2013/>>. Acesso em: 12 jan. 2018.

_____. Possibilidades e limites para o controle judicial das políticas públicas de saúde: um contributo para a dogmática do direito à saúde. Belo Horizonte: Fórum, 2011

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

9. PROJETO PARTICIPATIVO E MEDIAÇÃO COMO FORMA DE RESOLVER CONFLITOS ENTRE VIZINHO: análise do parque das águas / Dialogar Núcleo de Mediação

Fernando Guilhon De Castro
John Pablo Gama
Rebeca Landeiro dos Santos
Lucas Lima

Palavras-chave: Mediação Comunitária; Arquitetura; Conflito; Autonomia

Entregue em julho de 2012 com mais de 550 residências e 280 apartamentos, próximo ao Loteamento Nova Germânia, e aos bairros Monte Castelo e ao Carlos Chagas, o Parque das Águas vem sofrendo com diversos problemas, um deles a violência.

Utilizando como norteador de nosso trabalho uma pesquisa feita em 2016 no Parque das Águas, analisamos alguns pontos centrais em nosso tema, como os conflitos existentes no local. Conforme analisamos uma das grandes questões enfrentadas pelos moradores são os conflitos entre vizinhos. A moradia e até mesmo a vizinhança alvo de vários conflitos e problemas são vistos como aspectos positivos do loteamento. Muitas vezes esse sentimento está ligado à possibilidade de ter a sonhada casa própria ou até mesmo a impossibilidade de se mudar do local: “Apesar dos problemas apontados pelos moradores, 51 dos 60 entrevistados preferem a atual residência, o motivo principal é terem sua casa própria e não precisar viver de aluguel ou favores”.

Para analisarmos o problema social/comunitário utilizamos o conceito de conflito proposto por Monton Deutsch, onde podemos trabalhar com ideia de conflito de uma maneira prospectiva, no sentido de encararmos os conflitos como intrínsecos as relações humanas e que de acordo com a perspectiva que tomamos dele, podemos extrair coisas positivas do mesmo.

Como visto anteriormente, embora os conflitos de vizinhança sejam um dos grandes problemas levantados no local, vemos que há uma sensação de pertencimento e até mesmo de coletividade no local, visto que a vizinhança é colocada como um ponto positivo do loteamento. Outro marco que utilizamos é Jane Jacobs, que trabalha o aspecto de segurança nas ruas de forma mais inconsciente, com os “olhos da rua” por exemplo. As pessoas precisam se sentir corresponsáveis pelo espaço urbano que integram, e para que isso aconteça é necessário que elas estejam ativamente presentes neles. A partir desses dois autores construímos a segunda parte do trabalho em consonância com os dados que coletamos em nossa pesquisa.

A lei 13.140, de 26 de junho de 2015 em seu artigo primeiro, conceitua mediação como meio de resolução de conflitos entre particulares ou entre particulares e a própria administração pública. O CNJ vem estimulando os meios autocompositivos e seu valor para o melhor acesso à justiça e sua adequação como melhor forma de resolução para determinados conflitos, desde que se atenda aos requisitos de uma mediação. Importante dizer que a mediação não é a solução para todas as coisas. Ela deve ser usada respeitando seus institutos. E em seu viés comunitário isso se amplia, gerando união a comunidade, segundo Miriam Guindani:

“Seu aspecto pedagógico – que inspira um formato de postura social, engajamento e cidadania – dá origem a modelos ainda mais amplos de concepções mediadoras, como a Mediação Comunitária, que implica na consciência da capacidade e articulação de comunidades para resolver suas questões locais. Mais que um método alternativo de resolução de conflitos, consiste numa proposta paradigmática ao Direito: uma proposta multidisciplinar, Intersetorial e integradora de transformação social. A mediação comunitária vai além dos princípios gerais da mediação de conflitos,

se configurando a partir da influência do contexto local nas pessoas que possuem uma referência identitária partilhada – e em seus conflitos e a partir do impacto do aprendizado ou transformação proporcionada pela mediação neste mesmo contexto”.

Assim entendemos que a integração da comunidade é o cerne para a melhor resolução desses conflitos, essa integração necessita de um espaço físico para acontecer, na análise do loteamento do Parque das Águas entendemos as frentes de casa, o parque infantil e a escola como pontos principais para fortalecer o convívio entre os vizinhos, que criariam um espaço de lazer, que nossa constituição e o próprio estatuto da cidade protegem e estimulam:

Estatuto da Cidade. Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais: II – gestão democrática por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano;

Plano Diretor de Juiz de Fora

Art. 2º Constituem princípios básicos do PDDU e norteadores das ações de planejamento e gestão urbana: I - assegurar o direito de todos os cidadãos ao acesso e desfrute do espaço urbano; III - garantir a participação da comunidade e da sociedade civil organizada na sua implantação e gestão;

Para alcançar os objetivos, os primeiros passos a serem tomados é identificar os líderes comunitários, pois um importante ponto na mediação é a voluntariedade. Assim, apresentar o possível projeto não só para a comunidade, mas também para autoridades como a polícia local e a própria prefeitura, para criar uma relação de *rapport* entre as partes. E para isso utilizar dos meios que a faculdade já nos possibilita como o Projeto de Incentivo à Instalação de Novos Centros de Mediação Extrajudicial caso utilizado o citado projeto da faculdade:

1. Realizar/assessorar cursos de capacitação em mediação de conflitos para equipe (10 integrantes) da Câmara Municipal de Juiz de Fora, com duração aproximada de uma semana;
2. Assessorar a implantação do Centro de Mediação: espaço destinado às sessões de mediação no loteamento;
3. Identificar parcerias e locais adequados para a realização de sessões de mediação junto à comunidade, por meio de visitas a associações de bairro, centros religiosos;
4. Monitor das sessões de mediação durante 12 meses, a contar do início das atividades do loteamento.

Tendo em vista todos os pontos analisados começamos a traçar a intervenção arquitetônica e urbanística. Um dos nossos marcos teóricos, Jane Jacobs, desenvolveu o conceito de “olhos da rua”. A lógica é simples: quanto mais pessoas nas ruas, mais seguras elas se tornam. Os “olhos da rua” são as pessoas – a vigilância informal que exercem, voluntária ou involuntariamente, quando ocupam o ambiente urbano. A segurança nas cidades, assim, não é somente uma questão de policiamento: está diretamente relacionada com a qualidade dos espaços públicos e de sua capacidade de atrair as pessoas para a rua, promovendo a ocupação e a utilização das áreas comuns da cidade. Um exemplo disso é como o contato visual entre o interior das edificações e a rua aumenta a sensação de segurança e a circulação de pedestres.

O parque das águas tem um ponto positivo importante quanto à aplicabilidade do conceito dos “olhos da rua”. As ruas não são grandes demais, o que permite que as pessoas mesmo dentro de casa consigam ter uma boa visualização da rua e da vizinhança. Mas o espaço público tem que ter qualidade suficiente para atrair as pessoas para a rua, o que propomos

neste trabalho é aproveitar a qualidade já existente no loteamento e junto com os moradores melhorá-lo.

Como consequência da melhoria desses espaços haveria o aumento do número e frequência de pessoas que circula nas ruas, o comércio local aumentaria, e esse ajudaria a aumentar o número de pessoas que circulam o que aumentaria a sensação de segurança nas ruas e também manteria uma parte maior da renda das pessoas na própria comunidade. As últimas áreas analisadas foram a do parquinho e a do terreno ao lado da escola fundamental. Propomos utilização de uma das salas da escola, onde aconteceriam as mediações e a criação de uma praça com árvores plantadas pelos moradores e construída com materiais baratos de fácil acesso, uso e manutenção, como o palete. Ele pode ser encontrado de graça no formato de caixas (de frutas, principalmente) e pode se vir a se tornar bancos, mesas e piso para a própria praça. Mais que uma intervenção jurídica, o caráter interdisciplinar da mediação possibilitaria uma resposta orgânica para a situação aqui levantada, mas como uma construção coletiva e natural. Possibilitando não só um melhor acesso à justiça como também uma adequada apreciação das demandas, ou pelo menos de algumas demandas relacionadas a relações continuadas e com cunho emocional, como foi a eu escolhemos: os conflitos entre vizinhos. Além de uma verdadeira construção democrática para o problema, onde os próprios moradores irão construir.

Referências Bibliográficas

ALMEIDA, Maurício Vicente Silva. A Mediação como Instrumento de Pacificação Social e Democratização da Justiça. CUNP/FUNADESP. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?artigo_id=8622&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em 22 de outubro de 2017.

Âmbito Jurídico, index
<[Http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1378](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1378)>

Guindani Miriam Krenziner A, Ansari Moniza Rizzini. Mediação Comunitária como Mecanismo de Democratização de Acesso à Justiça no Brasil. <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=0c9ebb2ded806d7f>

Trabalho feito na Faculdade de Direito na disciplina de mediação em 2017. Feitos pelos alunos Felipe César de Andrade, Isabel Godinho de Lima e Tamara Rocha Martins. Aula ministrada por Fernando Guilhon de Castro. "Versão de leitura - digital - do folder "Como criar uma sala de mediação?" Elaborado na disciplina Mediação, ministrada pelo professor Fernando Guilhon, no curso de Direito da UFJF. <https://www.facebook.com/DialogarMediacao/>

BRASIL, CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Azevedo, André Gomma de (Org.). Manual de Mediação Judicial. 5ª Ed. Brasília: CNJ, 2015

CHOAY, Françoise; O Urbanismo: utopias e realidades uma antologia; São Paulo; ed. Perspectiva; 6ª ed.; 2005.

DEUTSCH, M. 1949a. A theory of cooperation and competition. Human Relations 2:129-51 Miguel Maria de Serpa. Curso de Direito Civil, vol. VI: direito das coisas. 3a ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1964.

DINIZ, Maria Helena (2008), Curso de Direito Civil Brasileiro, São Paulo: Saraiva, pp. 317–8. PARKINSON, Lisa. Mediação Familiar. Editora Del Rey, 4ª edição. 2016.

10. TRIBUTAÇÃO, DEMOCRACIA E DESENVOLVIMENTO

Elizabeth Rosa De Mello
Daniela Olímpio De Oliveira

Palavras-chave: 1. Justiça Tributária. 2. Direito Tributário. 3. Cidadania Fiscal. 4. Tributação Justa. 5. Transparência.

Cuida-se de apresentação do livro "Tributação, Democracia e Desenvolvimento", este livro é referência da disciplina Justiça Tributária da UFLA, lançado em dezembro de 2017, obra coletiva onde constam trabalhos dos seguintes docentes: Daniela Olímpio de Oliveira, Elizabeth Rosa de Mello, Betina Treiger Grunpemacher, Bianca Ramos Xavier, Carlos Alexandre de Azevedo Campos, Gustavo da Gama Vital de Oliveira, Heleno Taveira Torres, Hugo de Brito Machado Segundo, Marciano Seabra de Godoi, Ricardo Lodi Ribeiro, Sergio André Rocha.

O propósito da obra é apresentar pesquisas de professores universitários sobre justiça fiscal, solidificando uma doutrina e referencial teórico sobre o tema. A tributação foi tratada, não apenas sob o aspecto jurídico, mas como ferramenta de justiça, restringindo e condicionando as liberdades em prol de objetivos estatais. Buscou-se enaltecer o papel dos tributos num Estado Democrático de Direito e contextualizar as propostas reformistas em termos de sistema tributário.

Os principais temas apresentados na obra são: história dos tributos, teorias da justiça, princípio da solidariedade, democracia, cidadania fiscal, desigualdade tributária e social, federalismo fiscal, transparência fiscal, eficiência, sociedade de risco, recuperação fiscal, interpretação constitucional, dentre outros. Trata-se, portanto, de obra classificada na área do conhecimento "Direito Tributário", buscando referenciar, ainda, discussões de disciplinas de filosofia e teorias da justiça, administração pública e ciências sociais.

É o Direito Tributário numa perspectiva transversal.

A seguir serão destacados os Capítulos escritos pelas autoras do resumo, diante do tempo de apresentação do mesmo.

No Capítulo sobre Transparência Fiscal, a moral tributária foi apresentada pela autora OLIVEIRA (2017b) na perspectiva da transparência. A relação fisco-contribuinte vista numa ambivalência acerca da moral tributária que, não obstante seja assentada no entendimento concorde de igualdade aristotélica, outrossim é relativamente considerada a partir da visão de cada um dos sujeitos desta dinâmica. De um lado, o contribuinte, que percebe a justiça fiscal a partir da sua possibilidade individual, ou capacidade contributiva, sendo-lhe considerado "justo" aquilo que lhe é cobrado de acordo com sua condição econômica, de forma igualitária. A contrário sensu, o Fisco, percebendo a justiça a partir das possibilidades econômicas do contribuinte, devendo considerar igualmente os iguais, e desigualmente os desiguais na medida das suas desigualdades. Para o contribuinte, os tributos deveriam ser graduados segundo a capacidade econômica de cada um. Para o Fisco, deveria lhe ser facultado identificar, respeitados os direitos individuais, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte. T tamanha polarização se estabeleceu nesta relação de interesses convergentes, que ainda hoje é comum separar os assuntos do Fisco numa lógica interna, hierárquica, burocrática e procedimental, de Direito Financeiro, que se justifica na constituição das despesas públicas e na aplicação das receitas públicas; destacando dessa seara os interesses do contribuinte, individuais, patrimoniais, privados, nas limitações impostas ao poder de tributar e na formação da obrigação do Direito Tributário. Fato é (não tão óbvio assim), que os sujeitos desse embate jurídico-tributário-financeiro, Fisco e Contribuinte, se relacionam sistemicamente, constrengendo-se com o exercício da legalidade e da cidadania fiscal, convergindo num formato

de Estado que traz essa ressonância tributária e que sobre esta intervém. Neste embate republicano, o conhecimento mútuo sobre os propósitos do confrontante possibilita o encadeamento de uma democracia desenvolvimentista, refinada pela transparência dos procedimentos e objetivos desta sociedade plural, com seus atores não tão mais polarizados. No nosso entender, o contexto é de redescoberta da ética desta relação Fisco X Contribuinte, a partir da contração constante entre o público e o privado, o controle social e a privacidade, a segurança da sociedade e a publicidade, a moral do Estado e a moral do contribuinte. Redefinindo parâmetros, a atenção se volta para a ambivalência, sendo digna de nota a seleção do que seja fundamental (constitucionalmente tratando) a esta sensível justaposição de interesses.

No Capítulo sobre Cidadania Fiscal (OLIVEIRA, 2017c) cuidou-se da cidadania nos projetos de educação fiscal, visando tornar consciente o contribuinte, efetivo ou potencial, quanto à obrigação tributária e ao seu dever (moral) de pagar impostos. Buscando conscientizar o indivíduo sobre a relação da prestação tributária com os objetivos sociais do Estado, observou-se, neste movimento, menos expressão de cidadania, e mais uma forma de estadania, não se formando o sujeito cidadão nestas ocasiões. Não apenas identificou-se o déficit de ação pública motivacional à formação do cidadão fiscal, como, por outro lado, tem-se construções jurídicas que obstaculizam a inserção social, e a respectiva assunção de um sujeito jurídico. Cuidou-se do indivíduo que não chega a configurar-se sequer como um contribuinte, por uma série de condicionamentos burocráticos, muito embora presente sua vontade de se integrar e regularizar-se. Muitas vezes, há a capacidade econômica para contribuir; outras vezes, não. Mas em todas elas, não há sujeito fiscal. O laboratório estudado foi o universo ruralista - o microcosmo cultural, de produção e comercialização de queijos artesanais. Analisou-se a linguagem social, seus atores, contextos e a normativa estatal. O objetivo foi explorar a sobreposição de campos, social e jurídico, na formação da cidadania fiscal. A narrativa veio para dar conta do sistema de intervenção jurídica, e sua mão dupla - classificatório da vida social e condicionado pela lógica político-econômica.

Na abordagem da Professora Elizabete Rosa de MELLO (2017), com o Capítulo 5, “Direito fundamental a uma tributação justa”, a Tributação Justa foi objeto de estudo, eleita como direito fundamental, para que se deva cobrar do cidadão contribuinte apenas o suficiente para que ele contribua com o “condomínio social”, pretendendo assim, evitar a sonegação fiscal e a desigualdade tributária. Foi realizada uma breve abordagem histórica dos tributos, no decorrer das Constituições Republicanas Brasileiras, bem como foi apresentada a diferença entre “Tributação Justa” e “Justiça Tributária”. Atualmente, o que mais se reclama é o peso da carga tributária e a percepção de que os valores arrecadados a título de tributos não são efetivamente investidos de forma transparente nas atividades públicas. Somente por meio de mecanismos concretos poder-se-á chegar à pretensa Justiça Tributária e à Tributação Justa. Neste capítulo foram propostos mecanismos para viabilizar a Tributação Justa, como a legitimação constitucional das multas tributárias, o paradigma do IPTU progressivo no tempo e a tributação verde.

Os demais autores seguiram com temáticas relacionadas à justiça fiscal. Propõe-se amplo debate sobre o tema, apresentando o livro como uma referência de estudo e de discussões teóricas sobre o Sistema Tributário Brasileiro, numa perspectiva de justiça.

Referências Bibliográficas

OLIVEIRA, Daniela Olímpio (a) (org.). Tributação, Democracia e Desenvolvimento: livro de referência da disciplina Justiça Tributária. Lavras: Editora UFLA, 2017.

_____. Apontamentos sobre a (sub) cidadania fiscal no Brasil. In: Tributação, Democracia e Desenvolvimento: livro de referência da disciplina Justiça Tributária. Daniela Olímpio de Oliveira (org.). Lavras: Editora UFLA, 2017b. Capítulo 3, pp.91-109.

_____. Transparência fiscal, sigilo e a relação republicana fisco e contribuinte. In: Tributação, Democracia e Desenvolvimento: livro de referência da disciplina Justiça Tributária. Daniela Olímpio de Oliveira (org.). Lavras: Editora UFLA, 2017c. Capítulo 12, pp.303-331.

MELLO, Elizabete Rosa de. Direito fundamental a uma tributação justa. In: Tributação, Democracia e Desenvolvimento: livro de referência da disciplina Justiça Tributária. Daniela Olímpio de Oliveira (org.). Lavras: Editora UFLA, 2017. Capítulo 5, pp.139-155.

11.DIREITO MINERÁRIO E SUSTENTABILIDADE: relações entre o sistema de outorga de direitos minerários e a proteção ambiental

(Resumo proveniente de projeto de pesquisa de nome idêntico)

Karol Araújo Durço
Gabriel Infante Magalhães Martins

Palavras-chave: Sustentabilidade; proteção ambiental; outorga de direitos minerários;

O presente resumo é fruto da pesquisa de iniciação científica que tem como escopo analisar a relação entre o sistema de outorga de direitos minerários e os instrumentos jurídicos de proteção ambiental atrelados a este processo, com o fim de assegurar o direito humano fundamental ao meio ambiente equilibrado, a sustentabilidade dos recursos socioambientais e a justiça intergeracional, exigências constitucionais da ordem econômica pátria (art. 225, caput, CF) que, logicamente, se aplicam à mineração.

O principal objetivo da pesquisa é analisar se existem instrumentos de proteção ambiental na legislação mineral brasileira, para além daqueles institutos mais tradicionais já consolidados no ordenamento jurídico-constitucional, como o Licenciamento Ambiental, o Estudo Prévio de Impacto Ambiental, o Plano de Recuperação de Áreas Degradadas, o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza etc. Ou seja, deseja-se perquirir se o sistema de outorga de direitos minerários contempla algum instrumento de proteção ambiental a partir de seus próprios institutos, de forma que pudesse ser um complemento ao que prevê o ordenamento ambiental brasileiro.

O presente estudo baseia-se numa metodologia qualitativa, a partir de fontes jurisprudenciais, normativas e bibliográficas. Considerando-se os tipos de investigação científico-jurídicos, adotar-se-á o modelo jurídico-descritivo, que Gustin e Dias entendem que deveria ser denominado “jurídico-compreensivo ou jurídico-interpretativo”, já que tais expressões se harmonizam melhor às finalidades apresentadas para tal tipo de investigação. Essa opção decorre do fato de que o objetivo da pesquisa é dissecar o tema, decompô-lo em partes pelos métodos analítico e descritivo.

Neste contexto, é importante realçar os inúmeros problemas causados pela mineração no meio ambiente, razão pela qual o presente estudo é deveras importante: a atividade minerária deve ter sua atuação monitorada de perto, por meio de instrumentos jurídicos que gerem segurança jurídica e participação democrática, a fim de que esteja dentro dos limites jurídico-constitucionais da proteção social e ambiental, visando evitar, entre outros danos já observados na história da atividade minerária nacional, que crimes gravíssimos, como o do rompimento da Barragem de Fundão, em Mariana/MG, aconteçam.

As perturbações mais comumente observadas pela exploração mineral são o desmatamento nas áreas de operações, deposição de rejeitos, alteração do padrão topográfico, rebaixamento do lençol, transporte e bota fora de materiais, construção de drenagens, estradas e praças de trabalho. Além disso, há efeitos colaterais, que afetam, essencialmente, os recursos hídricos – lixiviação das pilhas de estéril, rompimento dos taludes das bacias de rejeitos, infiltração e/ou percolação das bacias de rejeitos etc. Há, além disso, vicissitudes observadas em diferentes áreas, como, por exemplo, violação de direitos humanos e ambientais, incremento de conflitos fundiários, deslocamento econômico forçado, afetação nos processos de reassentamento de famílias e de estímulo à agricultura familiar e de subsistência, criação de núcleos urbanos sem planejamento, entre outras.

Porém, não se pode olvidar da importância da atividade no contexto socioeconômico brasileiro e mesmo para a forma de vida contemporânea. A mineração é uma atividade

imprescindível para o desenvolvimento social, de modo a contribuir para o bem-estar e a melhoria da qualidade de vida, sendo fundamental para o desenvolvimento de uma sociedade equânime. É inimaginável a vida sem materiais, metais e compostos metálicos, já que diversas atividades dependem diretamente da mineração, como a habitação, saneamento básico, obras de infraestrutura, meios de transporte, de comunicação e etc. Ou seja, não há progresso sem a mineração e seus produtos.

Como não é possível descartar essa atividade de maneira pura e simples, é necessário que sejam minimizados os estragos que causa, especialmente com a adoção de tecnologias de aproveitamento adequadas, instrumentos jurídicos idôneos e vontade política. Tendo em vista que o fim precípuo do Direito é a consolidação da paz social, notadamente de forma a manter as estruturas dos sistemas social e produtivo com os quais está intrincado, é imprescindível que, portanto, o Direito forneça as condições necessárias para o desenvolvimento sustentável.

Neste sentido, pleiteia-se a necessidade de um processo administrativo metucioso para que se possa conceder a operação do empreendimento mineral, que comporte exigências específicas, além daquelas estipuladas no processo de licenciamento ambiental – instituto central na ordem socioambiental pátria, que visa à concessão da licença ambiental (ato administrativo que tem como finalidade o interesse público na preservação ambiental) para a operação de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras.

Cumpra realçar que existem propostas utilizadas em outros setores, como o petrolífero, e outras que surgiram no debate acerca de um novo marco para a mineração, o Projeto de Lei 5.807/2013, que, infelizmente, foi superado e suplantado pela Medida Provisória 791/2017 – que se transformou na Lei Ordinária 13.575/2017 –, a qual, no processo de elaboração, não contou com a mínima participação da sociedade civil.

A título de exemplo, entre outras possibilidades, é digno de nota o novo marco regulatório do petróleo, advindo de momento posterior à descoberta do pré-sal. Por meio da Lei 12.351/2010, estabeleceu-se um fundo de poupança pública de longo prazo para que a utilização dos recursos financeiros provenientes da exploração da atividade (royalties) possam ser convertidos em diferentes tipos de ativos, especialmente destinados a políticas presentes e futuras de prevenção de danos ambientais e recuperação de áreas degradadas (nesta última situação, apenas em casos excepcionais, haja vista que isto é um dever do particular, de acordo com o art. 225, §2º, da Constituição Federal). No caso da mineração, trata-se da Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais (CFEM), que ganhou nova regulamentação, em dezembro do ano passado, com a Lei 13.540/2017.

Além disso, o Projeto de Lei 5.807/2013, que já foi esquecido no debate político brasileiro, preconizava a realização de prévio processo licitatório para a assinatura dos contratos de outorga de direitos minerários, em contraposição ao sistema hoje vigente, no qual a iniciativa do primeiro particular na solicitação da outorga gera o direito de prioridade. Com esta prática, a proteção ambiental poderia ser fortificada por meio da exigência de apresentação, por parte das empresas interessadas na pesquisa e na lavra, certidões negativas de órgãos ambientais, atestando a conformidade delas para com as normativas de proteção ao meio ambiente, além da própria proteção ambiental poder se tornar um critério de julgamento das propostas apresentadas.

Contudo, não se vislumbram medidas como as acima expostas e outras que caminhem na mesma direção no bojo da legislação minerária brasileira, composta pelo Código de Mineração (Decreto-Lei nº. 227/1967), o Decreto que o regula (Decreto nº. 65.934/1968) e outras legislações correlatas, como, por exemplo, a Lei nº. 6.567/1978, Lei nº. 7.805/1989 etc.

Após todas as considerações, conclui-se que na legislação mineral brasileira não há preocupação específica com a proteção ambiental, apenas aquela derivada dos instrumentos jurídicos da legislação ambiental. Não se pretende afirmar que o controle efetivado por esta última seja fraco, mas sim que a mineração é uma atividade essencial na ordenação

socioeconômica brasileira que, contudo, provoca inúmeros problemas ambientais. Por este motivo, é imperativo que o monitoramento da proteção ambiental seja mais efetivo e rigoroso, devendo ser superada, na legislação minerária, a preocupação meramente formal com os aspectos ambientais, para que possa ser atingida uma proteção substancial do meio ambiente no próprio processo de outorga de direitos minerários.

Referências Bibliográficas

BURGEL, Caroline Ferri; DANIELI, Gabriel da Silva; SOUZA, Leonardo da Rocha de. Discricionariiedade administrativa e licença ambiental. Revista Direito Ambiental e Sociedade. Caxias do Sul, v. 7, n. 2, p. 265-304, 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 31. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017.

DERANI, Cristiane. Direito ambiental econômico. São Paulo: Saraiva, 2009. Página 47.

DURÇO, Karol Araújo. A regulação administrativa da atividade minerária no Brasil: do Código de Mineração em vigor à proposta de um novo modelo normativo. Belo Horizonte: ESDH, 2017. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/t5ssa9m9/ldlv3y6/D1s9T0a3lL7g6Wsl.pdf>.

FEIGELSON, Bruno. Curso de direito minerário. 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014. Página 72.

FIGUEIRÓ, Fabiana da Silva; COLAU, Suzane Girondi. Competência legislativa ambiental e aplicação da norma mais restritiva como forma de resolução de conflitos: uma análise crítica. Veredas do Direito. Belo Horizonte, v. 11, n. 21, p. 255-280, jan./jun. 2014.

GUIMARÃES, Patrícia Borba Vilar; JESUS, Marcus Mendonça Gonçalves de. A justiça intergeracional ambiental na produção minerária brasileira. Veredas do Direito. Belo Horizonte, v. 14, n. 30, p. 243-268, set./dez. 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo – 11. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

KALIL, Ana Paula Maciel Costa; FERREIRA, Helene Sivini. A dimensão socioambiental do Estado de Direito. Veredas do Direito, Belo Horizonte, v. 14, n. 28, p. 329-359, jan./abr. 2017.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito ambiental brasileiro. 24ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2016. Página 830.

MARQUES, Rogério César. Benefícios intergeracionais do planejamento na utilização dos recursos minerais. Revista de Direito Econômico e Socioambiental, Curitiba, v. 7, n. 1, p. 142-163, jan./jun. 2016.

MILARÉ, Édís. Direito do ambiente – 10. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. Página 198.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; FERNANDES, Fabíola Ramos. Mineração e saúde socioambiental: o desafio ético contemporâneo entre o risco e a sustentabilidade. Caxias do Sul, Revista Direito Ambiental e sociedade, v. 5, n. 1, p. 106-128, 2015.
RAMOS, André de Carvalho. Curso de direitos humanos – 4. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

12. TRIBUTAÇÃO JUSTA PARA CONCESSÃO DE ISENÇÃO DO IMPOSTO SOBRE RENDA E PROVENTOS DE QUALQUER NATUREZA PARA PESSOAS PORTADORAS DE DOENÇAS GRAVES - MONITORIA

Elizabeth Rosa De Mello
Lídia Carolina Delage Da Fonseca

Palavras-chave: Tributação Justa. Imposto sobre a renda e os proventos de qualquer natureza. Isenção. Pessoas portadoras de doenças graves.

Introdução

O presente trabalho, à luz do conceito de Tributação Justa, faz uma análise do tratamento dado às pessoas portadoras de doenças graves no ordenamento jurídico-tributário brasileiro.

Resta evidente que ainda são poucos os benefícios concedidos a essas pessoas, merecendo destaque a isenção do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza de pessoa física aposentada e portadora de moléstia grave.

Tal escassez de benefícios denuncia que a Justiça Tributária nacional ainda está longe de atingir o ideal de Tributação Justa, no que tange aos portadores de qualquer doença grave.

Tributação Justa E Pessoas Portadoras De Doenças Graves

Genericamente, a relação jurídica é a que une dois sujeitos em torno de um objeto, qual seja: a prestação. A relação jurídica tributária, em específico, é aquela estabelecida por lei, que une o sujeito ativo (União, Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios) ao sujeito passivo (contribuinte ou responsável), em torno de uma prestação pecuniária (tributo) ou não pecuniária (deveres instrumentais), (TORRES, 2011).

Quando o sujeito passivo é portador de alguma doença considerada grave, ele merece um tratamento especial. Nesses casos, ao conferir algum benefício fiscal, objetiva-se mitigar o impacto que a tributação teria sobre a renda necessária para a subsistência do enfermo e para a manutenção dos custos do tratamento da moléstia. (SABBAG, 2017). Assim, a Justiça Tributária alcançaria o ideal de Tributação Justa.

Para melhor compreender, faz-se mister distinguir o significado de cada uma dessas expressões. Justiça Tributária é a aplicação do direito ao caso concreto, está relacionada à atuação do Poder Judiciário. Já Tributação Justa é a forma pela qual se pratica o ato de tributar, isto é, como os entes federativos aplicam as técnicas de tributação, com o escopo de implementar, viabilizar e conjugar a quantidade com a qualidade dos tributos (MELLO, 2013).

O tratamento fiscal diferenciado aos portadores de doença grave encontra fundamento também no direito à saúde, tutelado constitucionalmente nos artigos 6º e 196 da Constituição Federal de 1988. Compete destacar que o direito à saúde assume a condição de verdadeiro direito a ter direitos, constituindo pré-condição da própria dignidade humana. (SARLET, 2017).

Todavia, é flagrante a escassez de benefícios tributários concedidos a pessoas portadoras de alguma moléstia grave, o que evidencia um verdadeiro descaso com a situação do sujeito passivo por parte do Fisco.

Neste contexto, merece destaque a isenção do Imposto Sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza de pessoa física aposentada e portadora de moléstia grave.

Por isenção entende-se a dispensa legal do pagamento do valor do tributo devido. Trata-se de uma modalidade de exclusão do crédito tributário, isto é, a isenção ocorre antes do

lançamento e impede a constituição desse crédito - art. 176 do Código Tributário Nacional (CTN).

O Imposto Sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza, conhecido por “imposto de renda”, conforme o art. 153, III, da Constituição Federal de 1988 é de competência da União. Seu lançamento é por homologação e seu fato gerador é a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica de renda (produto do capital, do trabalho ou de ambos) e de proventos de qualquer natureza (acréscimos patrimoniais não incluídos na renda), de acordo com o art. 43 do CTN.

Desse modo, é possível afirmar que a isenção do imposto de renda de pessoa portadora de moléstia grave é a dispensa de caráter pessoal do pagamento desse tributo, uma vez que é concedida pela União com base nas características do sujeito passivo. Todavia, não abrange todas as pessoas que possuem a doença grave, somente os aposentados, o que é uma contradição, já que todos os gravemente adoentados deveriam ser contemplados pela lei.

Atendendo ao requisito de previsão em lei específica, tal benefício é regido pela Lei 7.713/98, a qual dispõe, em seu art. 6º, inciso XIV, um rol taxativo do que será considerado “doença grave” para os fins da isenção em comento. As doenças previstas neste dispositivo são: a moléstia profissional, a tuberculose ativa, a alienação mental, a esclerose múltipla, a neoplasia maligna, a cegueira, a hanseníase, a paralisia irreversível e incapacitante, a cardiopatia grave, a doença de Parkinson, a espondiloartrose anquilosante, a nefropatia grave, a hepatopatia grave, os estados avançados da doença de Paget (osteíte deformante), a contaminação por radiação e a síndrome da imunodeficiência adquirida (AIDS).

Ressalta-se que não basta o sujeito ativo ser paciente de qualquer uma dessas doenças, deve ser também aposentado. A aposentadoria aqui abrange a previdência complementar, o Fundo de Aposentadoria Programada Individual (Fapi) ou o Programa Gerador de Benefício Livre (PGBL) e os valores recebidos a título de pensão em cumprimento de acordo ou decisão judicial, ou ainda por escritura pública, inclusive a prestação de alimentos provisionais recebidos por portadores de moléstia grave são considerados rendimentos isentos. Os proventos de aposentadoria ou reforma motivada por acidente em serviço e os percebidos pelos portadores de moléstia profissional também são isentos.

Por fim, o entendimento atual do Superior Tribunal de Justiça está no sentido de que os laudos médicos expedidos por serviço médico particular são válidos e suficientes para fins de isenção do imposto de renda e proventos de qualquer natureza para pessoas aposentadas. Nesta seara, destacam-se os seguintes precedentes: REsp 1088379/DF, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 14/10/2008, DJe 29/10/2008; REsp 749.100/PE, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/09/2005, DJ 28/11/2005, p. 230; STJ - AgRg no Ag: 1194807 MG 2009/0105479-2, Relator: Ministro LUIZ FUX, Data de Julgamento: 17/06/2010, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/07/2010.

Conclusão

Portanto, conceder benefícios fiscais a pessoas portadoras de doença grave é uma forma de efetivar a Tributação Justa, bem como de garantir o direito fundamental à saúde desses pacientes, vez que o impacto fiscal na renda seria mitigado em prol da subsistência do próprio enfermo e do custeio das medicações necessárias a seu tratamento.

Contudo, ainda são poucos os benefícios concedidos nessas situações, representando uma enorme despreocupação do Fisco para com o sujeito passivo da obrigação tributária gravemente adoentado.

Não obstante o contexto não favorável ao contribuinte, destacou-se a hipótese de isenção do Imposto Sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza da pessoa física aposentada

acometida por moléstia grave, atestada por médico conveniado ao SUS ou por médico particular e prevista na Lei 7.713/98, constatando-se a necessidade de incluir todas as pessoas que apresentem tal quadro clínico, de modo que a isenção não contemple apenas os aposentados.

Referências Bibliográficas

Isenção do Imposto sobre a Renda da Pessoa Física para Portadores de Moléstia Grave. Disponível em: <<http://idg.receita.fazenda.gov.br/orientacao/tributaria/isencoes/isencao-do-irpf-para-portadores-de-molestia-grave>>. Acesso em: 18 abr. 2018.

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

REsp 749.100/PE. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=isen%E7%E3o+imposto+de+renda+m%E9dico+particular&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=7>> Acesso em: 30 abr. 2018.

REsp nº 108.8379/DF. Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=medico+do+sus+isencao+imposto+de+renda&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR> Acesso em: 28 abr. 2018.

TORRES, Ricardo Lobo. Curso de Direito Financeiro e Tributário. 18. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

SABBAG, Eduardo. Manual de direito tributário. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

STJ - AgRg no Ag: 1194807 MG 2009/0105479-2. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=isen%E7%E3o+imposto+de+renda+m%E9dico+particular&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=4>> Acesso em: 30 abr. 2018.

13.A NOVA CARTOGRAFIA ABISSAL APÓS A PROMULGAÇÃO DA LEI 13.465/2017: análise das modificações promovidas em matéria de regularização fundiária urbana de interesse social

Waleska Marcy Rosa
Marcos Felipe Lopes De Almeida

Palavras-chave: Direito à moradia adequada; pensamento abissal; regularização fundiária

O direito fundamental social à moradia é efetivado, precipuamente, por meio de atuação estatal positiva, isto é, através de prestações materiais e jurídicas. Materialmente, sua concretização se dá por políticas públicas, como a construção de habitações populares. As prestações jurídicas, por sua vez, referem-se à regulamentação normativa do direito social, de modo a criar instrumentos que auxiliem na sua efetivação, por exemplo, a regularização fundiária. Tal instrumento busca legalizar a posse e fornecer as condições urbanísticas, sociais e ambientais para a habitação.

Recentemente, o ordenamento jurídico foi alvo de inovação legislativa com a edição da Medida Provisória 759/2016, posteriormente convertida na Lei 13.465/2017, que instituiu novas regras para a regularização fundiária, bem como revogou as disposições anteriores contidas na Lei 11.977/2009. A Lei 13.465/2017 recebeu críticas severas por diversos segmentos da sociedade civil, que assinalam um retrocesso na efetivação do direito à moradia, tendo em vista a alteração do paradigma de regularização fundiária. Ressalta-se, inclusive, que a Procuradoria Geral da República ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5771 em face do texto da referida lei, alegando inconstitucionalidades formais e materiais, no entanto seu andamento está paralisado desde novembro de 2017.

É interessante, então, analisar tais modificações legislativas a partir da proposição teórica do pensamento abissal e suas respectivas linhas, cunhada por Boaventura de Sousa Santos (2007). De acordo com o autor, o pensamento abissal, consiste em um sistema de distinções visíveis e invisíveis. Estas últimas fundamentam aquelas e são responsáveis pela separação da realidade social em dois universos distintos: o deste lado da linha e o outro lado da linha (SANTOS, 2007). No âmbito do direito, o pensamento abissal proporciona a sua separação em dois domínios: o do direito e o do não-direito, sendo que neste há um território sem lei, a-legal. No contexto urbano, tal divisão é representada pela existência de uma cidade “partida”: de um lado, a formal, dotada de planejamento e infraestrutura; do outro, a informal, caracterizada pela irregularidade e pela falta de direitos básicos aos benefícios da urbanização (CORREIA, 2016).

Atualmente, de acordo com Boaventura de Sousa Santos (2010), há uma globalização neoliberal, marcada pela ascensão de obrigações contratuais privadas e despolitizadas, nas quais a parte mais fraca é submissa à mais forte. Nesse contexto, o Estado se retira da regulação social e os serviços públicos são privatizados, de modo que as relações de poder se tornam extremamente desiguais. Configura-se, então, o fascismo social, que pode ser definido como um regime social e civilizacional. O fascismo social pode se expressar de diversas formas, porém, no âmbito desse trabalho, insta abordar o tipo chamado de fascismo do apartheid social, que é caracterizado pela segregação social dos excluídos através de uma cartografia urbana dividida em zonas civilizadas e zonas selvagens. Estas últimas vivem em um estado de natureza hobbesiano, enquanto aquelas são regidas pelo contrato social. Nas zonas civilizadas, o Estado atua de maneira democrática e protetiva, enquanto nas zonas selvagens há o Estado predador, que não preza pela observância, ainda que aparente, do direito (SANTOS, 2010).

O ordenamento jurídico brasileiro contemplou duas modalidades de regularização fundiária urbana: a de interesse social e a de interesse específico. Ambas foram previstas de

forma similar na Lei 11.977/2009, ora parcialmente revogada, e na Lei 13.465/2017, ora vigente. A regularização fundiária de interesse social destina-se aos assentamentos ocupados por população de baixa renda, delimitada com base em alguns critérios variáveis conforme o diploma normativo. Já na modalidade de interesse específico, por exclusão, seus beneficiários são aqueles que não se enquadram nos parâmetros do interesse social, pois são de média ou alta renda. No âmbito deste trabalho, destaca-se a primeira modalidade, pois seus beneficiários têm maior vulnerabilidade social e são fortemente ameaçados por uma expansão da linha abissal. Com base nisso, questiona-se: a regularização fundiária de interesse social instituída pela Lei 13.465/2017 representa um aprofundamento da linha abissal? Há um retrocesso na concretização de direitos fundamentais sociais, em especial o direito à moradia?

Para responder essas questões, serão traçadas inferências, definidas como o “processo de utilizar os fatos que conhecemos para aprender sobre os fatos que desconhecemos” (EPSTEIN; KING, 2013, p. 36). Mais especificamente, serão realizadas inferências causais, que consistem em verificar se a variável causal principal gerou um resultado específico, chamado de variável dependente. No caso do presente estudo, as modificações proporcionadas pela Lei 13.465/2017 formam a variável causal principal, enquanto a variável dependente é o aprofundamento da linha abissal. Portanto, será feita análise de dados, isto é, observações do mundo, que é um aspecto constitutivo da pesquisa empírica, de acordo com Lee Epstein e Gary King (2013).

A partir disso, confirmou-se a mudança do paradigma da regularização fundiária: antes, com a Lei 11.977/2009, adotava-se um modelo combinado de escrituras legais e modernização dos serviços públicos; agora, com a Lei 13.465/2017, é dado enfoque apenas à formalização da propriedade, privilegiando a titulação massiva, que se atém apenas aos resultados quantitativos (HERMANY; VANIN, 2017). Enquanto a Lei 11.977/2009 preocupava-se com a urbanização anterior ou concomitante à legalização, a Lei 13.465/2017 posterga indeterminadamente a primeira, dando enfoque à segunda, como se essa fosse o único objetivo da regularização fundiária. Assim, não houve observância do direito à moradia adequada, que exige a garantia de condições habitacionais para além dos aspectos físico-estruturais, podendo ser sintetizado nos seguintes elementos: 1) segurança jurídica da posse; 2) disponibilidade de serviços, materiais, facilidades e infraestrutura; 3) custo acessível; 4) habitabilidade; 5) acessibilidade; 6) localização; 7) adequação cultural (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1991). Portanto, verifica-se um aprofundamento da linha abissal, pois, com a urbanização postergada, os beneficiários da regularização têm sua cidadania negada por não usufruírem das vantagens urbanísticas decorrentes. Acrescenta-se que, para os moradores de localidades pobres, a melhoria da infraestrutura e de serviços públicos exerce maior impacto sobre a sua qualidade de vida do que a outorga de títulos de propriedade.

Referências Bibliográficas

CORREIA, Arícia Fernandes (coord.). Não Tinha Teto, Não Tinha Nada: Porque os Instrumentos de Regularização Fundiária (ainda) não efetivaram o Direito à Moradia no Brasil. Brasília: SAL/MJ, 2016. Disponível em: <http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/07/PoD_60_Aricia_web-3.pdf>. Acesso em: 08 abr. 2018.

EPSTEIN, Lee; KING, Gary. Pesquisa Empírica em Direito: As regras de inferência. São Paulo: Direito GV, 2013.

HERMANY, Ricardo; VANIN, Fábio Scopel. Análise crítica das mudanças promovidas pela medida provisória n. 759/2016 na regularização fundiária do Brasil. Revista de Direito da

Cidade, Rio de Janeiro, v. 09, n. 2, p. 482-517, 2017. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/27233/20470>>. Acesso em: 08 abr. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Comentário Geral nº 04: O Direito à Moradia Adequada (Art. 11, Para. 1). Genebra, 1991. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0022/002254/225430POR.pdf>>. Acesso em: 08 abr. 2018.

SANTOS, Boaventura de Sousa. A gramática do tempo: para uma nova cultura política. São Paulo: Cortez, 2010.

_____. Para além do Pensamento Abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes. Revista Crítica de Ciências Sociais, n. 78, p. 3-46, out. 2007. Disponível em: <http://www.ces.uc.pt/myces/UserFiles/livros/147_Para%20alem%20do%20pensamento%20abissal_RCCS78.pdf>. Acesso em: 08 abr. 2018.

14. O REGIME JURÍDICO DO DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO DE DADOS: uma análise propositiva da tutela dos dados pessoais no projeto de lei n. 5.276 de 2016

Sérgio Marcos Carvalho De Ávila Negri
Maria Regina Detoni Cavalcanti Rigolon

Palavras-chave: Proteção de dados. Privacidade. Dignidade.

Nos cenários virtuais, televisivos, jurisdicionais ou acadêmicos da conjuntura atual não tem sido difícil se deparar com discussões acerca da proteção de dados pessoais. Ouve-se falar acerca do Big Data, da utilização de dados na persecução criminal, para fins mercadológicos, nas relações de consumo e até no que diz respeito à privacidade de crianças e adolescentes.

Apesar de visualizarmos que a proteção de dados toca diversos setores da vida social nas sociedades de informação em que vivemos, é possível verificar o denominador comum da dignidade da pessoa humana, na medida em que, como ensina Rodotà (2004, p. 6), emergiu a compreensão de que os dados devem ser considerados como correspondentes ao corpo da pessoa, o que se faz na sua acepção eletrônica, que deve, dessa forma, ser respeitado na sua integridade física e psíquica.

Sobreleva, em vista disso, uma concepção integral da pessoa, cuja projeção no mundo corresponde ao direito de “não perder jamais o poder de manter pleno controle sobre seu corpo que é, ao mesmo tempo, ‘físico’ e ‘eletrônico’” (RODOTÀ, 2004, p. 6), o que tem o condão de determinar a natureza de direito fundamental da proteção de dados.

Em sede do ordenamento jurídico brasileiro, todavia, a configuração da proteção de dados como direito autônomo, inclusive com relação à privacidade, e de matriz fundamental não deriva de uma previsão expressa e literal, mas da consideração dos riscos que o tratamento automatizado traz à personalidade, notadamente em vista das garantias constitucionais da igualdade, liberdade, proteção da intimidade, da vida privada e do objetivo da República consistente na promoção da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988).

A inexistência de uma normativa geral acerca da proteção de dados, além de indicar o descompasso do ordenamento jurídico brasileiro com os regimes mais protetivos, como o europeu, evidencia sua importância pela necessidade de funcionalização das situações jurídicas patrimoniais às existenciais em vista da “constitucionalização da pessoa” (TEPEDINO, 2009, pp. 3-4), de modo a possibilitar o seu pleno desenvolvimento.

Nesta perspectiva, o direito fundamental à proteção de dados ganhou expressa previsão no ano de 2000 na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, sendo de valia ressaltar que o documento fez menção em seu art. 3º do “direito à integridade da pessoa”, associando à proteção do corpo físico, e no art. 8º prescreveu a proteção de dados, compreendida como a tutela do corpo eletrônico (RODOTÀ, 2008, p. 17).

À luz dessa conjuntura, parte-se do pressuposto de que a proteção de dados ostenta natureza de direito fundamental e que, destarte, reivindica mecanismos específicos para a sua tutela, motivo pelo qual a presente pesquisa tem por fim promover um estudo do Projeto de Lei n. 5.276 de 2016 que dispõe sobre o “tratamento de dados pessoais para a garantia do livre desenvolvimento da personalidade e da dignidade da pessoa natural” (BRASIL, 2016) em trâmite na Câmara dos Deputados.

É de se destacar que o objeto de estudo se apresenta como um recorte de uma pesquisa mais ampla que vem sendo realizada pelos autores no programa de pós-graduação stricto sensu no Mestrado Acadêmico em Direito e Inovação da Universidade Federal de Juiz de Fora, especificamente na linha de pesquisa “Direitos Humanos e Inovação”, com o fim de averiguar

a consonância do pretense regime jurídico dos dados pessoais com a tutela corpo eletrônico da pessoa e da sua dignidade na conjuntura do tecido social cada vez mais tecnológico, valendo-se, inclusive, da análise de outras iniciativas legislativas do Congresso Nacional.

A partir do paradigma teórico fundamentado em Stefano Rodotà (2004, 2008), a pesquisa em tela tem por objetivo promover uma análise crítico-propositiva do Projeto de Lei n. 5.276 de 2016 em trâmite na Câmara dos Deputados com o escopo de concretizar também no plano normativo brasileiro a proteção dos dados pessoais.

Com a avaliação da experiência jurídica passada, Stefano Rodotà (2008, p. 87-88) sintetizou as premissas necessárias para um ambiente jurídico favorável a uma disciplina adequada da circulação das informações, tendo considerado que a rápida obsolescência das disciplinas muito rígidas para proteção de dados indica para a necessidade de adoção de intervenções institucionais dotadas de maior flexibilidade. As premissas são as seguintes:

Uma disciplina legislativa de base que se constitua essencialmente por cláusulas gerais e normas processuais;

Normas voltadas a casos específicos, possivelmente previstas em leis autônomas, referentes a atividades de determinados sujeitos ou com a disciplina de categorias específicas de informações;

Uma autoridade administrativa independente, que eventualmente titularize poderes para adaptar a situações particulares os princípios previstos nas cláusulas gerais;

Previsão de uma disciplina de recurso à autoridade judiciária, não apenas nos sistemas nos quais tal se depreende de exigência constitucional, mas de modo geral, com o fim de enraizar nesta seara princípios análogos aos de um Bill of Rights ou do Due Process, no caminho de uma linha tendente a aproximar a matéria estudada dos direitos civis;

Previsão de um controle difuso pela iniciativa de grupos e cidadãos.

Neste sentido, como hipótese formulada ao problema apresentado, considera-se que a tutela normativa da pessoa com relação aos seus dados encontra efetividade na medida em que guardar consonância com a disciplina jurídica da circulação das informações proposta por Stefano Rodotà.

Para tanto, partindo do pressuposto de que a metodologia é equiparada a uma preocupação instrumental (MARTINS E TEÓPHILO, 2016, p. 35), elegeu-se para a consecução da pesquisa em tela precipuamente o método dedutivo, com a predominância de uma análise qualitativa.

Com efeito, como estratégias de pesquisa científica, ou delineamentos, é relevante destacar a pesquisa bibliográfica, com o fim de construir uma plataforma teórica do estudo (MARTINS E TEÓPHILO, 2016, p. 52), bem como a pesquisa documental, valendo-se de fontes primárias, notadamente documentos que constam dos processos legislativos dos projetos de lei destacados que tenham relevo na compreensão da pretensa tutela legal.

Nesta perspectiva, como destacado, procede-se a uma pesquisa qualitativa, com base no paradigma teórico de Stefano Rodotà, valendo-se da disciplina jurídica de circulação de informações (geral) para a avaliação do fenômeno particular, qual seja, o Projeto de Lei n. 5.276 de 2016, com escopo crítico-propositivo.

Deveras, a realização da pesquisa justifica-se na medida em que a compreensão e o governo das transformações determinadas pelos avanços tecnológicos apenas é viável se guardar sintonia com instrumentos prospectivos aptos a redefinir os princípios fundadores das liberdades individuais e coletivas sob os paradigmas dos novos tempos (RODOTÀ, 2015, p. 8), o que ganha relevo no âmbito normativo. Em verdade, com o imperativo da constitucionalização da pessoa, nem tudo que é tecnicamente possível é socialmente desejável, eticamente aceitável e juridicamente admissível (RODOTÀ, 2004, p. 101).

Referências Bibliográficas

BAIÃO, Kelly Sampaio; GONÇALVES, Kalline Carvalho. A garantia da privacidade na sociedade tecnológica: um imperativo à concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul.-dez./2014. Disponível em: <<http://civilistica.com/a-garantia-da-privacidade-na-sociedade-tecnologica-um-imperativo-a-concretizacao-do-principio-da-dignidade-da-pessoa-humana/>>. Acesso em: 15 ago. 2017.

BRANDEIS, Louis; WARREN, Samuel. The right to privacy. *Harvard Law Review*, vol. 4, 1890.

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: 19 set. 2017.

_____. Projeto de Lei n. 5.276, de 13 de maio de 2016 (da Câmara dos Deputados). Brasília, Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1457459&filena me=PL+5276/2016>. Acesso em: 10 set. 2017.

DONEDA, Danilo. Da privacidade à proteção de dados pessoais. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. *Espaço Jurídico*, Joaçaba, v. 12, n. 2, pp. 91-108, jul/dez 2011. Disponível em: <<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/download/1315/658>>. Acesso em: 01 set. 2017.

MARTINS, Gilberto de Andrade; THEÓPHILO, Carlos Renato. *Metodologia da Investigação Científica para Ciências Sociais Aplicadas*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Ampliando os direitos da personalidade. In: *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

RIGOLON, Maria Regina Detoni Cavalcanti. O regime jurídico do direito fundamental à proteção de dados: uma análise da tutela dos dados sensíveis na construção legislativa brasileira. 2017. 64 p. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, 2017. Disponível em: <<https://repositorio.ufjf.br/jspui/bitstream/ufjf/6624/1/mariareginadetonicavalcantirigolon.pdf>>. Acesso em: 30 abr. 2018.

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

_____. Por que é necessária uma Carta de Direitos da Internet?. Trad. Bernardo Diniz Accioli de Vasconcellos e Chiara Spadaccini de Teffé. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 4, n. 2, jul.-dez./2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/12/Rodota%CC%80-trad.-de-Teffe%CC%81-e-Vasconcellos-civilistica-com-a.4.n.2.20152.pdf>>. Acesso em: 01 set. 2017.

_____. Transformações do corpo. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 19, p. 91-107.

SCHULMAN, Gabriel. www.privacidade-em-tempos-de-internet.com: o espaço virtual e os impactos reais à privacidade das pessoas. In TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (coords.). O direito civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 330-360.

TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento. In: Temas de Direito Civil, t. III, Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

15. PRIVACIDADE INFANTIL NO AMBIENTE VIRTUAL: um estudo do caso Ministério Público Federal vs. Google

Sérgio Marcos Carvalho De Ávila Negri
Elora Raad Fernandes
Maria Regina Detoni Cavalcanti Rigolon

Palavras-chave: Privacidade. Publicidade infantil. Judiciário.

Na sociedade de informação em que vivemos, em que a hiperconectividade é a palavra de ordem, apesar dos inegáveis avanços tecnológicos que podem gerar reais benefícios à comunidade, a discussão acerca dos efeitos destes na privacidade é cada vez mais frequente e necessária. A facilidade com que essas novas tecnologias podem ser manuseadas tem feito das crianças um público alvo importante em seu consumo e alguns problemas que já existiam previamente adquirem uma nova dimensão.

Um desses problemas seria a publicidade direcionada ao público infantil. Aquilo que, nos anos 90, foi intensamente combatido no âmbito da televisão, retorna à tona de maneira mais profunda, devido às características mais fluidas da internet. De maneira geral, as empresas enxergam as crianças e adolescentes como um alvo mercadológico importante, já que estas influenciam as decisões de consumo feitas por suas famílias (DONEDA; ROSSINI, 2015). Assim, as informações sobre os hábitos online de crianças e de seu comportamento na internet são extremamente atrativas, já que estes dados ajudam as empresas a desenvolver suas estratégias comerciais para atingir cada vez mais este nicho de mercado (SHIN; KANG, 2016 apud CUNHA, 2017).

Na conjuntura virtual, a pessoa passa a ser fragmentada em dados, gerando uma nova versão da abstração da pessoa que passa a ser matéria-prima (na forma de dados), produto (porque passível de comercialização) e destinatária final dos produtos, em face da hiperpessoalização com base nos dados recolhidos (SCHULMAN, 2016, p. 356). Neste sentido, merece consideração que tais estratégias no ambiente virtual não apenas instrumentalizam crianças e adolescentes para fins patrimoniais, promovendo um livre fluxo de lesões à dignidade da pessoa (SCHULMAN, 2016, p. 357), como também violam o direito à privacidade. Este, para além de sua compreensão como “direito de ser deixado só” (WARREN; BRANDEIS, 1890, p. 193), progrediu para a acepção de autodeterminação informativa, compreendida como “o direito de manter controle sobre as suas informações e de determinar a maneira de construir sua esfera particular” (RODOTÁ, 2008, p. 15).

É de se acrescentar, como aponta Cunha (2017, p. 7), que as crianças e seus pais geralmente não têm conhecimento dos riscos a que estão expostos no ambiente virtual, nem mesmo de como as informações postadas na rede podem ser utilizadas e como podem comprometer sua privacidade, segurança e inclusive futuras carreiras.

A partir deste panorama e tendo em vista que o Brasil ainda não possui uma lei geral de proteção de dados, que abranja adultos e crianças, a situação atual é bastante instável, o que leva a uma maior demanda do judiciário para resolver questões nebulosas.¹ Este, porém, muitas vezes não está preparado para lidar com demandas desta natureza, devido ao grau de inovação destas tecnologias.

¹ No Brasil, a tutela normativa da criança com relação à sua privacidade é relegada às regras gerais de capacidade, ao invés de a normas específicas de processamento de dados (CUNHA, 2017, p. 12). Mesmo no caso do PL 5.276/2016, que tramita hoje no congresso, este não prevê tratamento específico para a privacidade infantil.

Em que pese a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 institucionalizar a tutela diferenciada da criança em vista da sua vulnerabilidade², é de se registrar que os instrumentos normativos voltados para a proteção da privacidade da criança e de suas informações pessoais são anteriores ao advento efetivo da internet na nossa realidade cotidiana (CUNHA, 2017, p. 11). Fácil perceber, portanto, os riscos de uma legalidade estrita quando da prestação jurisdicional.

A fim de compreender melhor como o judiciário brasileiro tem lidado com a exposição de crianças à publicidade na internet e seus consequentes impactos na privacidade infantil, portanto, optou-se, no presente trabalho, por empreender um estudo empírico e exploratório. Ele se constitui como a primeira etapa de uma investigação mais ampla, para proporcionar uma visão geral do problema e gerar perguntas de pesquisa. Por se tratar de uma temática contemporânea, para a qual o direito ainda não possui respostas, acredita-se que um estudo de caso seria a maneira mais eficaz de se começar a compreender a problemática (YIN, 2005).

O caso em questão é uma Ação Civil Pública³ ajuizada pelo Ministério Público Federal em desfavor da Google Brasil Internet Ltda. para que esta promovesse um aviso na página inicial do *YouTube* ou em todos vídeos postados, no sentido de que é proibida/abusiva a veiculação de merchandising ou promoção de produtos e serviço protagonizados por crianças ou a elas dirigida, bem como para que incluísse na página de denúncia de conteúdo impróprio item relativo a tal proibição. A União também figurou como ré na demanda, pleiteando-se que fosse determinada a alteração da Resolução nº. 163/2014 do CONANDA, nela incluindo sanções administrativas em caso de descumprimento dos seus dispositivos.

A pretensão do Ministério Público Federal (MPF) foi considerada pelo juízo totalmente improcedente e observa-se, preliminarmente, uma postura estritamente legalista deste, que, ancorando-se no Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/14), afirma apenas a não existência de obrigatoriedade no sentido pleiteado. Ainda é relevante destacar, a título de uma observação preliminar, que a sentença apenas replica os fundamentos apresentados quando da decisão de tutela antecipada prolatada pelo julgador, apesar da instrução processual.

Esta insensibilidade ao caso concreto, que ignora a tutela diferenciada da criança na Constituição, bem como em sede infraconstitucional, pode ser problemática na ausência de uma normativa geral que inclua os interesses de crianças e adolescentes. Sendo assim, a partir deste estudo, prevalentemente indutivo, buscar-se-á formular hipóteses que possam ser testadas futuramente para compreender a prática judiciária brasileira relativamente à exposição de crianças à publicidade na internet e seus impactos na privacidade infantil.

Referências Bibliográficas

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Ação Civil Pública nº 0054856-33.2016.4.01.3800. Ministério Público Federal. Google Brasil Internet Ltda. Belo Horizonte, MG de 16 de setembro de 2018. Disponível em: <<https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=548563320164013800&secao=MG&pg=1&enviar=Pesquisar>>. Acesso em: 23 abr. 2018.

CUNHA, Mario Viola de Azevedo. Child Privacy in the Age of Web 2.0 and 3.0: challenges and opportunities for policy. Florence: Unicef Office Of Research – Innocenti, 2017.

² E, nesta linha, adiciona-se o Estatuto da Criança e do Adolescente, a Resolução nº. 163/2014 do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA) e o Código de Defesa do Consumidor, em matéria de consumo, que buscam densificar a proposta constitucional.

³ Em trâmite na 10ª Vara da Subseção Judiciária de Belo Horizonte sob o número 0054856-33.2016.4.01.3800.

DONEDA, Danilo; ROSSINI, Caroline Almeida A. Proteção de dados de crianças e adolescentes na Internet. In: Barbosa, A. F. (coord). TIC Kids Online Brasil 2014: pesquisa sobre o uso da internet por crianças e adolescentes no Brasil. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2015, p. 37-46. Disponível em: <http://cetic.br/media/docs/publicacoes/2/TIC_Kids_2014_livro_eletronico.pdf>. Acesso em: 05 abr. 2018.

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

SCHULMAN, Gabriel. www.privacidade-em-tempos-de-internet.com: o espaço virtual e os impactos reais à privacidade das pessoas. In TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (coords.). O direito civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 330-360.

WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. The Right to Privacy. Harvard Law Review, Boston, v. 4, n. 5, 15 dez. 1890.

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

16. O TRATAMENTO DA RESERVA DO POSSÍVEL EM UM CONTEXTO CONSTITUCIONAL: Brasil - Supremo Tribunal Federal

(O presente resumo expõe resultados parciais da pesquisa desenvolvida no projeto intitulado “o tratamento da reserva do possível em um contexto constitucional: uma análise comparativa Brasil – Portugal”)

(Desenvolvido junto ao programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Direito e Inovação (UFJF), sob a orientação da prof.^a Dr.^a Cláudia Toledo)

Claudia Maria Toledo Da Silveira
Carlos Augusto Lima Vaz Da Silva

Palavras-chave: Direitos Fundamentais Sociais; Políticas Públicas; Princípio da Reserva do Possível; Avaliação Racional; Supremo Tribunal Federal.

Introdução

As políticas públicas que concretizam direitos fundamentais sociais são essenciais para a efetivação de um Estado Social. Elas exigem prestações materiais, ou seja, ações positivas do Estado. Contudo, em muitos momentos, o Estado é omissivo neste dever, impondo-se aos cidadãos pleiteá-los judicialmente. Tal é o contexto de judicialização dos direitos fundamentais sociais.

Nesse quadro, o Estado alega a impossibilidade financeira de realização dessas políticas públicas, por estar limitado ao princípio da reserva do possível. No entanto, tal invocação se dá de forma genérica, sem haver sua efetiva comprovação. Assim, questiona-se, a avaliação desse princípio tem ocorrido de forma racional no âmbito judicial?

Para tanto, imperioso compreender como tem sido a avaliação desse princípio formal. Seguem-se como referencial teórico as diretrizes estabelecidas por ALEXY (2015, 2017) para avaliação da racionalidade do discurso jurídico.

Inicialmente, objetiva-se identificar os argumentos técnico-jurídicos e políticos envolvidos, a comprovação de limitação à reserva do possível, bem como os direitos fundamentais sociais que têm sido objeto de maior demanda, nas ações judiciais em que se dá sua avaliação.

Metodologia

Inobstante às variadas metodologias de pesquisa com base empírica, em face dos objetivos, adotou-se o método de análise documental, a partir das contribuições de Cellard (2012, pp. 295-316).

Por serem as decisões judiciais registros documentais, tal método proporciona a identificação sobre a forma como um Tribunal compreende um instituto jurídico. Isso permite, ainda, revelar eventuais posições consolidadas, divergências e incoerências nos julgados.

Portanto, tratando-se de análise qualitativa que visa compreender o contexto de produção, a qualidade das informações apresentadas, os autores do documento e seu discurso (CELLARD, 2012, pp. 299-303), tornou-se necessária a realização de alguns recortes na coleta dos dados, os quais são detalhados a seguir.

O recorte institucional limitou a análise ao âmbito constitucional, sendo o Supremo Tribunal Federal o órgão constitucionalmente estabelecido para essa competência, tanto pela via recursal quanto originária.

No recorte temático, limitou-se a busca à expressão “reserva do possível” dada à variedade de termos atribuídos pela doutrina em referência à sua natureza jurídica, a exemplo de: argumento (SILVA, 2017, p. 213-242 e ARELLANO, 2017, p. 393-417), cláusula (PERLINGEIRO, 2014, p. 181-212), conceito (TORRES, 2009, p. 105), doutrina (ZANITELLI, 2013, p. 187-192), princípio (TIMM, 2013, p. 51-62) e teoria (AMORIM, 2015, p. 268-290 e LEAL; ALVES, 2016, p. 587-606).

Tal ocorrência foi apurada em revisão bibliográfica, em que se pôde visualizar a inexistência de um consenso quanto à sua natureza jurídica. Não obstante, a utilização da expressão “reserva do possível”, comum a todas naturezas jurídicas atribuídas, permite que a busca realizada compreenda todas as denominações incorporadas pelo Tribunal em sua jurisprudência.¹

O recorte processual compreende as decisões proferidas em órgãos colegiados (Pleno, 1ª e 2ª Turmas), excluindo-se as decisões monocráticas em razão de, eventualmente, refletirem posicionamento isolado dos Ministros. O recorte temporal é amplo, limitado ao ano de 2017, sem prazo inicial. Isso compreende todos os acórdãos do Tribunal sobre a matéria até então.

Com base nessa metodologia, a execução da pesquisa para seleção do material realizou-se da seguinte forma.

Acesso ao banco de dados através do endereço www.stf.jus.br. Na página inicial, selecionar no menu o item Jurisprudência > Pesquisa.

Em seguida, na página Pesquisa de Jurisprudência, preenche-se o campo Pesquisa Livre inserindo a expressão - reserva adj do adj possível. O operador ADJ permite a busca de palavras aproximadas, na mesma ordem que for colocada na expressão de busca. Nessa pesquisa, não se utilizou a tradicional grafia entre aspas duplas (“”) para pesquisa exata da expressão, na medida em que este recurso não se aplica à base de dados do Supremo Tribunal Federal.

O campo Número é mantido sem preenchimento.

Já no campo Ministro marca-se a opção Todos.

No campo Data insere-se somente o período final em 31/12/2017, permitindo uma busca pelo sistema de toda a jurisprudência da Corte até o momento em questão. O registro de acórdãos tem como referência a data de publicação e não a data de julgamento, sendo esta a referência da tabela que se segue.

Em seguida, os campos Tema, Tese, Tipo de Tese, Ementa/Indexação e Legislação são mantidos sem preenchimento.

No campo Órgão Julgador também não se realiza qualquer marcação, com o fim de permitir a busca tanto em decisões do Plenário (e Plenário Virtual), quanto dos órgãos fracionários (1ª e 2ª Turma). Isso permite o alcance das decisões colegiadas, seguindo a metodologia traçada.

Ao fim, foram selecionados apenas os itens Acórdãos, Repercussão Geral e Acórdãos anteriores a 1950, não realizando qualquer marcação nos itens: Súmulas Vinculantes, Súmulas, Decisões Monocráticas, Decisões da Presidência, Informativo, Questões de Ordem e Todas, visando os acórdãos, conforme recorte proposto.

Dessa seleção resultaram 31 acórdãos, assim sintetizados:

¹ Após análise do material coletado, notou-se que o STF atribui natureza jurídica diversa, além das citadas, a exemplo de “fórmula da reserva do possível” (ARE 745.745 AgR, ARE 727.864 AgR).

Ano	Núm. Acórdãos	Acórdão	Núm. Repercussão Geral	Total/Ano
2003	02	IF 470 / SP IF 1.262 / SP	00	02
2004	00	-	00	00
2005	01	RE 410.715 AgR / SP	00	01
2006	00	-	00	00
2007	01	ADI 3.768 / DF	00	01
2008	01	STA 223 AgR / PE	00	01
2009	01	Rcl 6.568 / SP	00	01
2010	02	SL 47 AgR / PE STA 175 AgR / CE	00	02
2011	03	ARE 639.337 AgR / SP ADI 4.167 / DF RE 369.564 / DF	00	03
2012	00	-	00	00
2013	04	RE 591.352 AgR / AM RE 763.667 AgR / CE RE 567.985 / MT RE 642.536 AgR / AP	00	04
2014	04	ARE 745.745 AgR / MG ARE 727.864 AgR / PR AI 747.402 AgR / BA AI 598.212 ED / PR	00	04
2015	07	ADPF 347 MC / DF ARE 855.762 AgR / RJ ARE 860.979 AgR / DF ARE 875.333 ED / RS RE 591.488 / RS RE 592.591 / RS RE 796.347 AgR / RS	00	07
2016	02	ARE 855.476 AgR / MG RE 553.710 / DF	00	02
2017	03	RE 1.026.698 AgR / MT RE 590.252 / MS RE 597.970 / SP	00	03
TOTAL	31	-	00	31

A presente coleta impõe o descarte do acórdão relacionado à Reclamação n. 6.568 (Rcl 6.568/SP), pois esse julgado surge na busca em razão de registro equivocado da expressão “reserva do possível” em sua indexação. Com isso, trabalha-se com uma seleção inicial de 30 acórdãos.

Resultados Parciais

Após análise do material coletado, verificou-se que seu inteiro teor não permite o acesso à argumentação apresentada pelas partes.

Com essa limitação, a verificação da comprovação dos argumentos relacionados à reserva do possível exigirá uma análise completa dos autos relacionados aos acórdãos selecionados, mediante avaliação das manifestações apresentadas pelas partes.

Esse exame será possível nos autos que possuem registro e tramitação exclusivamente por meio eletrônico, perante o Tribunal². Portanto, a realização de novo recorte processual mostra-se necessário, restando 15 acórdãos para sua análise integral.

Todavia, a análise dos acórdãos coletados do Supremo Tribunal Federal nos termos da proposta inicial permite algumas conclusões parciais, podendo-se relatar que: 1) a referência à reserva do possível prevalece nos casos relacionados ao direito à saúde e à educação, havendo, discussão sobre o direito de acesso à justiça e o direito à assistência social, em menor número; 2) nos argumentos jurídicos é recorrente a referência ao princípio da separação dos poderes, em respeito ao sistema de freios e contrapesos integrante desse princípio; 3) a referência à reserva do possível prevalece em ações do controle difuso, atuando o STF em sua competência recursal.

Referências Bibliográficas

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2 ed. São Paulo: Malheiros. 2015.
_____. Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2017.

ALVES, Francisco Glauber Pessoa. Ações de saúde contra o Poder Público: ensaio de um roteiro decisório. In: Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco. n. 9, p. 55-97, 2016.

AMORIM, Maurício Oliveira; SOUSA, Mônica Teresa Costa. O protagonismo judicial e as políticas públicas. In: Direito, Estado e Sociedade. n. 46. jan/jun 2015, p. 268-290.

ARELLANO, Luis Felipe Vidal. Para Além da Reserva do Possível - Cognição Conglobante e Dialética Pública no Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. In: Revista de Processo, vol. 266, abr. 2017, p. 393-417.

CELLARD, André. A análise documental. In: J. Poupart et al. A pesquisa qualitativa: enfoques epistemológicos e metodológicos. Petrópolis: Vozes. 2012, p. 295-316.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig; ALVES, Fernando Roberto Schnorr. Razoabilidade e teoria da reserva do possível como fundamentos para o controle jurisdicional de políticas públicas: uma análise a partir da teoria do discurso. In: Espaço Jurídico. Joaçaba, v. 17, n. 2, maio/ago 2016, p. 587-606.

PERLINGEIRO, Ricardo. ¿ La reserva de lo posible se constituye en un limite a intervencion jurisdiccional en las politicas publicas sociales? In: Revista Estudios Socio-Juridicos, Universidad del Rosario, Bogotá, Vol. 16, n. 2, Jul-Dec, 2014, p. 181-212.

PINTO, Élide Graziane. Financiamento dos direitos à saúde e à educação: uma perspectiva constitucional. Editora Fórum. Belo Horizonte. 2015.

SANTOS, Marcus Gouveia dos. Vedação ao Retrocesso Social: Reflexões Gerais em um Período de Crise Econômica. Revista de Direito Constitucional e Internacional. Vol. 100, Mar-Abr, 2017, p. 71-100.

² As resoluções n. 350/2007, n. 417/2009 e n. 427/2010 do STF regulamentam a implantação de forma gradual do petição e do trâmite exclusivamente eletrônicos perante o Tribunal.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. Concretização dos Direitos Fundamentais Sociais pelo Supremo Tribunal Federal: Uma Crítica a Partir do Estado Constitucional Possibilista. In: Espaço Jurídico, vol. 18, n.1, jan-abril 2017, p. 213-242.

TIMM, Luciano Benetti. Qual maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). Direitos Fundamentais, Orçamento e Reserva do Possível. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 51-62.

TORRES, Ricardo Lobo. Direito ao mínimo existencial. São Paulo: Renovar. 2009, p. 105.

ZANITELLI, Leandro Martins. Custos ou competência? Uma ressalva à doutrina da reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). Direitos Fundamentais, Orçamento e Reserva do Possível. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 187-192.

17. OS PEDIDOS DE PATENTE COMO MEDIDA DA INOVAÇÃO FARMACÊUTICA: o caso da doença de chagas.

(Projeto de pesquisa: direito como identidade: direito à patente e o caso das drogas
para doenças negligenciadas)

Marcos Vinício Chein Feres
Alan Rossi Silva
Anderson Resende Morais
Andressa Mendes De Souza

Palavras-chave: Patente; Inovação Farmacêutica; Doença de Chagas; Pesquisa Empírica em Direito

Introdução

Na atualidade, existe uma grande controvérsia acerca da melhor forma de se diagnosticar o desempenho da inovação farmacêutica (KESSELHEIM; WANG; AVORN, 2013). Kesselheim, Wang e Avorn (2013) demonstraram que o debate existente sobre tal desempenho está diretamente relacionado à própria definição de inovação farmacêutica e ao procedimento de medida utilizado em cada investigação (KESSELHEIM; WANG; AVORN, 2013). Também nesse sentido, Boldrin e Levine (2013) demonstraram que a utilização do número de patentes concedidas como procedimento de medida provoca uma inflação injustificada dos índices de inovação.

Além das formas supramencionadas, o número de pedidos de patentes depositados (GARCIA; GONÇALVES, 2016; POMIN, 2015; SILVA; LUZ JUNIOR, 2016), a quantidade de artigos publicados relacionados a determinado assunto (ANTUNES, 2003; SILVA; LUZ JUNIOR 2016) e o número de pesquisadores relacionados à determinada área (ANTUNES, 2003) são outros exemplos de medidas usadas no âmbito científico, para se mensurar a inovação farmacêutica. Dessa forma, percebeu-se a diversidade de entendimento sobre o melhor procedimento de medida a ser utilizado e a importância dessa discussão metodológica para se elaborar um diagnóstico confiável do desempenho da inovação farmacêutica no Brasil.

Assim sendo, apesar de todas as possibilidades mencionadas acima, o presente estudo terá como foco verificar, especificamente, se o número de depósitos de pedidos de patente de uma dada doença, constitui-se como medida confiável e válida para se aferir os níveis de inovação farmacêutica na realidade brasileira. A hipótese inicial, partindo dos critérios de confiabilidade e validade das medidas elaboradas por Epstein e King (2013) e do conceito de inovação farmacêutica elaborado por Angell (2007), é a de que o número de pedidos de patente depositados, relacionados à determinada doença, embora possa ser considerado confiável – caso a coleta dos depósitos, em base oficial do Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI, 2018a), seja guiada por regras precisas, transparentes e replicáveis -, não se constitui como um procedimento de medida válido para se mensurar os níveis de inovação farmacêutica no Brasil.

Desenvolvimento

A fim de realizar os objetivos apresentados, em primeiro lugar, é necessário esclarecer o caráter empírico que guiará esta investigação. Segundo Epstein e King (2013, p. 11), “a palavra empírico denota evidência sobre o mundo baseada em observações ou experiência”. Dessa maneira, a característica empírica da pesquisa a ser realizada consiste no fato de ela se

basear em dados da realidade (EPSTEIN; KING, 2013). Neste caso, para alcançar as finalidades propostas, a estratégia metodológica a ser utilizada será composta apenas por elementos quantitativos (análise numérica dos pedidos de patentes), a partir dos quais será possível desenvolver inferências descritivas (EPSTEIN; KING, 2013).

Ademais, tendo em vista que a finalidade dessa investigação será o de avaliar a confiabilidade e a validade dos números de depósitos de pedido de patente como medidas de inovação farmacêutica, faz-se necessário demarcar três conceitos primordiais: “medida”, “confiabilidade” e “validade”.

Para Epstein e King (2013, p. 101), o ato de medida consiste em “comparar um objeto de estudo com algum standard (padrão), como aqueles existentes para quantidades, capacidades e categorias”. Embora considerem a medida insuficiente para se compreender os fenômenos e as complexidades do mundo real em sua totalidade, os autores entendem que ela exerce um papel fundamental na pesquisa empírica, visto que, para entender a realidade, sempre será necessário algum nível de abstração e, conseqüentemente, redução das particularidades existentes no mundo (EPSTEIN; KING, 2013).

Desse modo, de acordo com Epstein e King (2013), uma medida deve ser avaliada em duas dimensões: a confiabilidade e a validade. Para os autores, confiabilidade “é a extensão à qual se pode replicar uma medida, reproduzindo o mesmo valor (indiferente de ser este o valor correto ou não) no mesmo padrão para o mesmo tópico a um mesmo tempo (EPSTEIN; KING, 2013, p. 105). Ou seja, em uma pesquisa empírica, para uma medida ser considerada confiável, ela precisa produzir o mesmo resultado repetidamente, não importando quem está realizando a medida (EPSTEIN; KING, 2013).

Ademais, em relação à segunda dimensão, segundo Epstein e King (2013, p. 111), “validade é a extensão à qual uma medida confiável reflete o conceito fundamental sendo medido”. Assim, enquanto a confiabilidade está relacionada com a inalterabilidade, a validade tem relação direta com a precisão das medidas realizadas. Com isso, certificar-se de que uma medida é confiável nada diz sobre o quanto ela é válida.

Para que seja possível a compreensão do desenvolvimento que se dará a este estudo, é necessário também esclarecer o conceito de inovação farmacêutica a ser utilizado. Embora a indústria farmacêutica utilize habitualmente o termo inovador para designar apenas uma nova entidade química, um medicamento (invenção) para ser considerado inovador, de acordo com o conceito defendido por Angell (2007), deve ser avaliado em duas dimensões: a) em relação à novidade do composto em si (tipo químico) e b) em relação à probabilidade de que o medicamento apresente algum benefício superior aos medicamentos disponíveis no mercado.

Considerando a complexa realidade da inovação farmacêutica e seus importantes reflexos socioeconômicos no contexto nacional, no âmbito da investigação a ser realizada, optou-se pela utilização de uma definição mais completa de inovação farmacêutica (ANGELL, 2007), que considere o valor terapêutico dos novos medicamentos aprovados, com o objetivo de avaliar, empiricamente, se o número de pedidos de patentes depositados pode se configurar como medida confiável e válida do desempenho inovador do setor farmacêutico.

Ao se valer dessa ideia, poder-se-ia argumentar que, por demandar de uma análise qualitativa, tendo em conta a exigência de se avaliar o ganho terapêutico de determinada invenção, não seria correto atrelar imediatamente essa análise qualitativa ao número de pedidos de patente depositados. Todavia, a finalidade que guiará esta pesquisa consiste em testar a confiabilidade e a validade de se adotarem os depósitos de pedidos de patentes como sendo necessariamente um avanço na pesquisa e no desenvolvimento de processos e produtos terapêuticos.

Também, é importante ressaltar que tal investigação a ser desenvolvida constituirá um diagnóstico empírico mais amplo sobre os efeitos do sistema jurídico de patentes e o caso das doenças negligenciadas, no qual serão estudadas, detalhadamente, a realidade de todas essas

enfermidades – definidas de acordo com a lista presente no anexo 1 da resolução nº 80/2013, do INPI (2013). Dessa forma, com o intuito de evitar qualquer viés na realização desse estudo, decidiu-se também que as doenças seriam analisadas de acordo com a ordem disposta na própria resolução (INPI, 2013). Assim, a execução do diagnóstico supracitado obedeceria uma lógica objetiva e não algum tipo de preferência dos pesquisadores; reduzindo-se, ao máximo, o nível de interferência humana nas escolhas realizadas (EPSTEIN; KING, 2013). Portanto, a doença de Chagas, por ser a primeira dessa lista (INPI, 2013), foi escolhida como o objeto inicial desta pesquisa.

Ademais, poder-se-ia contestar que as inferências a serem realizadas neste trabalho não poderiam se basear apenas na análise dos pedidos de patente relacionados à doença de Chagas, já que não se poderia generalizar a experiência observada na realidade de uma única enfermidade à realidade de todas as doenças negligenciadas e, menos ainda, à inovação farmacêutica na realidade brasileira. Entretanto entende-se que, ao se demonstrar, fundamentadamente, em uma única ocasião, a invalidade de um procedimento de medida, estar-se-á demonstrando sua invalidade de modo geral.

Com o objetivo de realizar um levantamento do número de depósitos de pedidos de patente, a coleta de dados seguirá as seguintes instruções: inicialmente, acessar-se-á a página oficial do INPI (2018b) na internet, clicando-se, ao lado esquerdo da página, na seção “serviços”, a opção “patente”, e posteriormente, na subseção “patente”, a opção “busca”. Na página seguinte, o usuário pode optar por realizar o *login* ou pesquisar anonimamente, apertando apenas o botão “continuar”. Na nova página, clicar-se-á na opção “patente”.

Em seguida, na seção destinada à pesquisa avançada, especificamente no âmbito da subseção “palavra-chave”, preencher-se-á unicamente o campo “57” (“resumo”) com o termo “Chagas”. É importante ressaltar que esta estratégia será utilizada com o intuito de se alcançar o maior número de variações possíveis - por exemplo, “mal de Chagas” e “doença de Chagas”.

Feita esta primeira parte, posteriormente, na página individual de cada processo, extrair-se-á as seguintes informações: número do pedido, data do depósito, data da publicação, data da concessão (quando houver), nome do depositante (incluindo a sigla de origem) e status do processo. Logo após, sistematizar-se-á as informações coletadas em uma tabela, para que seja possível uma análise mais clara e detalhada dos dados obtidos.

Resultados esperados

Espera-se, a partir do estudo que se desenvolverá, testar a hipótese formulada inicialmente. Em outras palavras, com base nos critérios de confiabilidade e validade das medidas elaboradas por Epstein e King (2013) e no conceito de inovação farmacêutica elaborado por Angell (2007) verificar-se-á se, de fato, o número de pedidos de patente depositados, relacionados à doença de Chagas, apesar de poder ser considerado confiável, não se constitui como um procedimento de medida válido para se mensurar os níveis de inovação farmacêutica no Brasil.

Este trabalho possui financiamento da Fundação de Amparo à Pesquisa de Minas Gerais (FAPEMIG) e do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) e da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES).

Referências Bibliográficas

ANGELL, Marcia. A verdade sobre os laboratórios farmacêuticos: como somos enganados e o que podemos fazer a respeito. Rio de Janeiro: Editora Record, 2007. 319 p. Tradução de Waldéa Barcellos.

ANTUNES, Adelaide (Coord.). Subsídios a políticas públicas na área da saúde - inovação: Mapas de conhecimento sobre competências nacionais e tendências internacionais em doenças crônicas, doenças infectocontagiosas e doenças negligenciadas. Brasília: CGEE, 2003. 80 p. Disponível em:

<https://www.finep.gov.br/arquivos_legados/fundos_setoriais/ct_saude/documentos/ct-saude02mapa_conhecimentos_v3.pdf>. Acesso em: 14 set. 2017.

BOLDRIN, Michele; LEVINE, David K. The Case Against Patents. *Journal of Economic Perspectives*, [s.l.], v. 27, n. 1, p.3-22, fev. 2013. American Economic Association. <http://dx.doi.org/10.1257/jep.27.1.3>. Disponível em:

<<https://www.aeaweb.org/articles?id=10.1257/jep.27.1.3>>. Acesso em: 09 out. 2017.

EPSTEIN, Lee; KING, Gary. Pesquisa Empírica em Direito: as regras de inferência. São Paulo: Direito GV, 2013. 253 p. Disponível em:

<<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/11444>>. Acesso em: 21 out. 2016.

GARCIA, Denise Lemos; GONCALVES, Bruno Setton. A influência dos investimentos públicos em CT&I sobre o número de registros de patentes no estado de Sergipe no período de 2000 a 2013. 7th International Symposium on Technological Innovation, [s.l.], p. 522-531, 27 set. 2016. Universidade Federal de Sergipe. <http://dx.doi.org/10.7198/s2318-3403201600030061>. Disponível em:

<<http://www.api.org.br/conferences/index.php/ISTI2016/ISTI2016/paper/viewFile/35/88>>. Acesso em: 09 out. 2017.

INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL (INPI). 2018a. Consulta à Base de Dados do INPI. Disponível em: <<https://gru.inpi.gov.br/pePI/servlet/LoginController?action=login>>. Acesso em: 20 abril 2018.

INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL (INPI) 2018b. Página Inicial. Disponível em: <<http://www.inpi.gov.br/>>. Acesso em: 20 abril 2018.

INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL (INPI). Resolução nº 80, de 19 de março de 2013. Disciplina a priorização do exame de pedidos de patente de produtos e processos farmacêuticos, bem como equipamentos e materiais relacionados à saúde pública. Disponível em: http://www.inpi.gov.br/legislacao-arquivo/docs/resolucao_80-2013_-_exame_prioritario_saude.pdf. Acesso em: 20 abril de 2018.

KESSELHEIM, A. S; WANG, B; AVORN, J. Defining “Innovativeness” in Drug Development: A Systematic Review. *Clinical Pharmacology & Therapeutics*, [s.l.], v. 94, n. 3, p.336-348, 30 maio 2013. Springer Nature. <http://dx.doi.org/10.1038/clpt.2013.115>. Disponível em: <<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1038/clpt.2013.115/abstract>>. Acesso em: 09 out. 2017.

POMIN, Fatima Medeiros de Carvalho. Propriedade industrial como indicador de inovação na área farmacêutica: avaliação dos depósitos de patentes de laboratórios farmacêuticos brasileiros. 2015. 153 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Pós-graduação em Gestão, Pesquisa e Desenvolvimento na Indústria Farmacêutica, Instituto de Tecnologia em Fármacos Farmanguinhos, Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <<https://www.arca.fiocruz.br/bitstream/icict/13003/1/10.pdf>>. Acesso em: 14 set. 2017.

SILVA, Ayres Fran da Silva e; LUZ JÚNIOR, Geraldo Eduardo da. Prospecção tecnológica: potencialidades de diagnóstico para doenças de Chagas. Revista Brasileira de Inovação Tecnológica em Saúde Issn: 2236-1103, [s.l.], v. 6, n. 2, p.15-31, 8 out. 2016. Revista Brasileira de Inovação Tecnológica em Saúde (R-BITS). <http://dx.doi.org/10.18816/r-bits.v6i2.7400>. Disponível em: <<https://periodicos.ufjf.br/reb/article/view/7400>>. Acesso em: 25 fev. 2017.

18. NÚCLEO ESSENCIAL DO DIREITO À SAÚDE

(Referente a um projeto de iniciação científica)

Luciana Gaspar Melquíades Duarte
Yuran Quintão Castro

Palavras-chave: Núcleo essencial. Direito à saúde. Demandas de elevada essencialidade. Dignidade humana

O progressivo processo de judicialização da saúde exige dos operadores do Direito o estabelecimento de critérios racionais que permitam decisões equânimes por considerarem a essencialidade das prestações pleiteadas em juízo, os preceitos da universalidade e da integralidade que orientam o sistema público de saúde brasileiro e as limitações que se impõem às entidades públicas responsáveis por provê-la.

O núcleo essencial de um direito caracteriza-se pelo conjunto de prestações a ele inerentes, cuja ausência de efetividade implica no esvaziamento normativo dele. Revela-se, portanto, como o conteúdo mínimo de um direito cuja eficácia deve ser promovida pelas entidades competentes, sob pena de ensejar a caracterização de uma omissão indevida. Por isso, a delimitação do conceito do núcleo essencial do direito à saúde é imprescindível, já que permite aos magistrados e demais operadores do Direito o respaldo teórico necessário para embasar determinada decisão ou qualquer outra produção de cunho jurídico. Ademais, o referido instituto também almeja ser o liame a ser utilizado pelos legisladores para salvaguardar aos cidadãos as prestações mínimas de saúde, independente de qualquer justificativa de cunho político, econômico ou social, por se caracterizar como o conjunto de prestações inerentes a um direito cuja eficácia é inafastável.

A partir disso, buscou-se analisar as construções doutrinárias disponíveis sobre o tema, tendo sido encontradas produções que defenderam posicionamentos diversos. As melhores posições teóricas são capazes de salvaguardar ao indivíduo as condições de saúde suficientes para alcançar a proteção de direitos como o da dignidade da pessoa humana ou o direito à vida. Assim, alguns autores entendem que a mera tutela da saúde, com o escopo de preservação da vida, confunde-se com o já desenvolvido conceito sobre o mínimo vital, entendido como o conjunto de prestações de saúde suficientes para garantir a manutenção da vida do ser humano. De outra banda, os doutrinadores mais voltados para a efetivação das prestações básicas de saúde que irão permitir a continuação da vida do indivíduo com dignidade, pautam-se no princípio basilar difundido pela Constituição (BRASIL, 1988), no artigo 1º, inciso III, pois entendem que a dignidade da pessoa humana deve permear todas as ações do Estado e, por isso, o ente público não pode furtar-se da tutela da saúde do indivíduo pautada nas prestações capazes de conferir o respeito à dignidade a ele inerente.

Diante disso, o presente estudo almejou tecer considerações sobre a melhor definição do núcleo essencial do direito à saúde, pautando-se nas bases teóricas pós-positivistas de Dworkin (2002) e Alexy (2001), além da salutar interpretação acerca da importância da Constituição para uma sociedade constituída sob os ditames do Estado de Direito, elaborada por Hesse (1991). Como o texto constitucional é formado por regras e princípios que vinculam a todos, é essencial aos indivíduos a efetivação das prestações de saúde aptas a manterem a vida resguardada pela proteção da dignidade da pessoa humana.

O presente trabalho fez uso do método de pesquisa qualitativa e indutiva, já que estudou obras específicas sobre a problemática abordada, almejando alcançar um maior contingente de produções literárias sobre o tema, apesar de não haver considerável quantidade de estudos. Outrossim, a análise da legislação foi outra estratégia metodológica. Porém, observou-se que não há legislação específica com o escopo de definir ou de traçar parâmetros legais sobre o

assunto. Foram encontrados apenas algumas disposições carreadas pela Lei nº 8.080 (BRASIL, 1990) e pela Lei nº 9.656 (BRASIL, 1998), de pouca especificidade para uma consistente construção doutrinária do núcleo essencial do direito à saúde.

A fim de aprofundar a pesquisa sobre as disposições normativas vigentes, foram analisados atos administrativos, no âmbito do Ministério da Saúde. Também foi encontrado muito pouca produção específica, ensejando a necessidade de inferência, diante das disposições evidenciadas pela Portaria nº 373 do Ministério da Saúde (BRASIL, 2002) e pela Portaria nº 880 do Ministério da Saúde (BRASIL, 2013). Observou-se que o próprio Poder Público não especifica quais são as prestações de saúde suficientes para atender as demandas básicas e elementares dos cidadãos, evidenciando, assim, a necessidade deste objeto de pesquisa para a elaboração do conceito do almejado de núcleo essencial do direito à saúde.

De mais a mais, a pesquisa debruçou-se sobre as decisões proferidas pelas Cortes superiores, com o fulcro de descobrir o posicionamento da jurisprudência, apesar de, previamente, ter constatado a ausência de critérios objetivos e claros acerca da delimitação das prestações cabíveis ao Estado no tocante à preservação do núcleo essencial do direito à saúde. Mais uma vez, constatou-se a baixa quantidade de julgados que discutiam expressamente o núcleo essencial e os respectivos sinônimos, quais sejam, conteúdo mínimo, núcleo duro e núcleo rígido. Dessa forma, a ausência de uma jurisprudência sólida proferida pelas instâncias extraordinárias também contribui para o grande número de decisões de baixo teor argumentativo acerca dos parâmetros constitucionalmente respaldados sobre o conteúdo do núcleo essencial do direito à saúde.

O direito à saúde almeja tutelar a vida digna do indivíduo, por consequência, e, em respeito aos princípios basilares do Estado de Direito brasileiro, evidenciados pela Constituição (BRASIL, 1988). Ao indivíduo é conferido o direito de haver o respeito mínimo às garantias capazes de estabelecer uma vida digna em sociedade, já que o princípio da dignidade da pessoa humana embasa os direitos fundamentais e é por eles consagrado.

Esta pesquisa almejou avançar nos estudos outrora publicados por Duarte (2011), uma vez que a autora, em um primeiro momento, compreendeu o conceito do núcleo essencial do direito à saúde como o conjunto das prestações necessárias à preservação da vida do indivíduo. Assim, não houve, neste primeiro momento, vinculação desse conteúdo com o da dignidade humana, o que, contudo, conforme foi acima destacado, é condição de existência do indivíduo socialmente inserido no contexto de Estado brasileiro.

Então, o escopo deste trabalho foi comprovar a aproximação do núcleo essencial do referido direito ao conceito desenvolvido sobre o mínimo existencial, uma vez que este, conforme Toledo (2017), almeja manter a vida do indivíduo com a dignidade elementar a que lhe é inerente, mediante a efetivação dos núcleos essenciais dos direitos fundamentais sociais à educação e à saúde. Destarte, o mínimo vital, compreendido como o conjunto das garantias necessárias à preservação da vida, da existência física do ser humano, é apenas um dos elementos formadores do conceito por este trabalho construído.

O presente estudo corrobora as pesquisas desenvolvidas por Toledo (2017), pois a argumentação desenvolvida vai ao encontro dos ensinamentos por ela publicados.

Portanto, a referida construção do núcleo essencial faz uso, inicialmente, do conceito outrora desenvolvido por Duarte (2011) e avança na incorporação da necessidade do acréscimo das demandas não-vinculadas à vida, mas que são de elevada necessidade para a dignidade. Sendo assim, o núcleo essencial do direito à saúde deve compreender as demandas vinculadas à preservação da vida e aquelas de elevada essencialidade que não possuem essa imprescindibilidade para a vida, mas que são de fundamental importância para a manutenção da dignidade humana. Ademais, essas prestações devem compreender os atendimentos de saúde preventiva e o de recuperação, bem como as exigências de baixa, de média e de alta complexidade, uma vez que um dos princípios evidenciados pelo artigo 196 da Constituição

(BRASIL, 1988) é o da integralidade das prestações de saúde pública. Com efeito, a título de exemplificação, a efetivação do fornecimento de próteses de mãos pelo Governo é uma maneira de se atender a uma demanda de recuperação e que, apesar de não ser o principal meio de preservar a vida do indivíduo, garantirá a ele a manutenção da dignidade humana.

Referências Bibliográficas

ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica. São Paulo: Landy, 2001.

_____. Teoria de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Diário Oficial da União de 04/out/1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em <07/dez/17>.

BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro 1990. Diário Oficial da União. Disponível em : http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em <07/out/17 >

BRASIL. Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998. Diário Oficial da União. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L9656compilado.htm. Acesso em <07/out/17 >

BRASIL. Portaria nº 373, de 27 de fevereiro de 2002. Diário Oficial da União. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2002/prt0373_27_02_2002.html. Acesso em <07/out/17 >

BRASIL. Portaria nº 880, de 16 de maio de 2013. Diário Oficial da União. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2013/prt0880_16_05_2013.html. Acesso em <07/out/17 >

DUARTE, Luciana Gaspar Melquiádes. Possibilidades e limites do controle judicial sobre as políticas públicas de saúde. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Gilmar Ferreira (trad.) Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991

TOLEDO, Cláudia. MÍNIMO EXISTENCIAL – A Construção de um Conceito e seu Tratamento pela Jurisprudência Constitucional Brasileira e Alemã. In: MIRANDA, Jorge et al. Hermenêutica, Justiça Constitucional e Direitos Fundamentais. Curitiba: Juruá, 2016. p. 821-834.

19. TIPOS DE ARGUMENTOS EM CASOS DIFÍCEIS NUMA CORTE CONSTITUCIONAL

Claudia Maria Toledo Da Silveira
Renato do Espírito Santo Rodrigues

Palavras-chave: Argumentação jurídica; casos difíceis; corte constitucional

A pesquisa originou-se do interesse pelo papel da teoria da argumentação na construção de julgados do Tribunal Constitucional brasileiro nos chamados casos difíceis. Cogita-se, então, tomando por base a teoria da argumentação desenvolvida por Robert Alexy, verificar os tipos de argumentos mais utilizados ou mais decisivos na fundamentação de casos difíceis no STF, adotando-se como corte temporal o período iniciado a partir da renovação massiva da sua composição na primeira década do século XXI até o ano de 2017. Com efeito, no período de 2002 a 2009, observou-se uma renovação superior a 60% (sessenta por cento) na composição do STF, ao passo que no decênio imediatamente anterior (1992 a 2002), a taxa de renovação não ultrapassara o percentual de 30% (trinta por cento). Pode-se dizer que, em outubro de 2009, com a posse do Ministro Dias Toffoli, estabilizou-se a composição majoritária da Corte, que persiste até os dias de hoje.

Estabelecer o objeto da pesquisa passa por, previamente, tentar consolidar um conceito de “caso difícil”, com fundamento nas contribuições doutrinárias mais conhecidas. Assim é que, para os positivistas, em tais casos haveria uma autorização implícita para que o julgador “criasse” uma regra de Direito voltada ao caso concreto (KELSEN, p.249), concepção da qual divergiu Ronald Dworkin, ao preconizar que em nenhuma hipótese estaria o juiz autorizado a tanto, eis que lhe caberia, com base em princípios, “revelar” a regra jurídica pertinente, ainda que ausente a expressa previsão no direito positivo (DWORKIN, p.81). Robert Alexy, por sua vez, ainda que concordando com a ideia de que os casos difíceis caracterizam-se pela insuficiência do direito positivo para a sua solução – o que levaria o julgador a buscar recursos nos argumentos morais, éticos e pragmáticos (ALEXY, 2010, p.24) -, discordou de Dworkin quanto à necessária existência de uma única resposta “correta”. MacCormick, por seu turno (MACCORMICK, p.197), vislumbrou que casos difíceis teriam origem em problemas de interpretação, relevância, prova ou de qualificação (enquadramento legal), abordagem a propósito da qual se aproximou Aulis Aarnio, ao avistar nos casos difíceis uma situação de incerteza quanto às premissas fáticas e normativas disponíveis (AARNIO, p.1). Manuel Atienza, por outro lado, entende que “casos difíceis” são aqueles em que se configura uma profunda divergência de soluções possíveis, dada uma necessária contraposição de princípios ou valores aplicáveis, a qual, no entanto, não inviabiliza o encontro de um ponto de equilíbrio (ATIENZA, 1989, p.99). Para Cláudia Toledo, por fim, em artigo recentemente apresentado, e ainda não publicado, “casos difíceis” são aqueles em que o intérprete ou aplicador da Lei se depara com uma antinomia, uma lacuna ou ambiguidade legal (TOLEDO, p.2). Entende-se que, à exceção da proposta positivista, por seu caráter eminentemente decisionista, todas as demais aqui veiculadas têm sua parcela de razão, na medida em que desvelam algum aspecto particularmente distintivo dos “casos difíceis”, quando contrapostos aos chamados “casos fáceis”. De todo modo, vislumbra-se útil, para efeito do presente trabalho, operar com a seguinte proposta de definição : caso difícil é aquele em que se constata uma incerteza quanto às premissas fáticas e/ou jurídicas, estas últimas decorrentes de uma ambiguidade, antinomia ou lacuna legal, situação que leva a um maior esforço argumentativo do intérprete ou julgador, não raro em direção a argumentos extrajurídicos (por exemplo, morais, éticos ou pragmáticos), de modo a viabilizar uma ponderação de princípios jurídicos, a qual resultará em pelo menos uma resposta correta, isto é, racionalmente fundamentada.

Assim é que, vislumbrada a incerteza empírica e normativa como característica própria dos casos difíceis, pretende-se selecioná-los na jurisprudência do STF a partir de dois parâmetros: a) os precedentes das súmulas vinculantes; b) os acórdãos publicados em processos que tramitaram no STF nos quais se realizaram audiências públicas. Ambos os critérios são tributários de elementos dos próprios dispositivos legais nos quais estão previstos. As súmulas vinculantes, consoante o art. 103-A da Constituição, terão por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca dos quais haja controvérsia atual e relevante – vale dizer, incerteza normativa. Já as audiências públicas podem, em tese, ser fontes de informações ou esclarecimentos a respeito de circunstâncias de fato – conforme previsto, por exemplo, no art. 9º, § 6º da Lei nº 9868/99. Afigura-se, portanto, que os parâmetros eleitos possuem, em tese, potencial de registros de casos difíceis, a ser confirmado caso a caso.

De posse do elenco de casos selecionados, trata-se de analisá-los tendo em mente a classificação dos argumentos desenvolvida por Robert Alexy: cânones de interpretação (semântico, histórico, teleológico, sistemático); argumentos dogmáticos; precedentes; formas de argumentos jurídicos especiais e elementos extrajurídicos (ALEXY, 2017, p.223). Desperta a atenção, nessa seara, a possibilidade de verificar eventual (ais) argumento (s) mais utilizado (s) e/ou mais decisivo (s) na fundamentação de casos difíceis, assim como examinar se a argumentação varia de acordo com o tema abordado (por exemplo, direitos fundamentais, administração pública, separação de poderes, meio ambiente, sistema tributário). Vislumbra-se como hipótese que, via de regra, os temas de direitos fundamentais acabam desvelando uma argumentação eminentemente principiológica, enquanto que em outras áreas a argumentação empírica (meio ambiente, por exemplo) ou consequencialista (separação de poderes) é que seria decisiva. Avista-se, ainda, a possibilidade de verificar, especificamente na jurisprudência do STF, uma tese formulada por Alexy: inexistindo material autoritativo específico ou sendo o material disponível prenhe de contradição ou ambiguidade (o que costuma ocorrer nos casos difíceis), o julgador acabaria se voltando para a argumentação prática geral (ALEXY, 2010, p.24). Advirta-se, porém, que a perspectiva da pesquisa é meramente a de contexto de justificação e não de contexto de descobrimento, nos sentidos apresentados por Reichenbach e empregados na teoria da argumentação jurídica por Atienza: contexto de descoberta como “*actividad consistente en descubrir o enunciar una teoría*” e contexto de justificação, como “*el procedimiento consistente en justificar o validar la teoría, esto es, en confrontarla con los hechos a fin de mostrar su validez*” (apud ATIENZA, 2004). Com efeito, a preocupação da pesquisa não se direcionará ao modo como os juízes chegam às suas decisões, senão à maneira como as justificam.

O marco teórico adotado, portanto, parte da premissa alexyana de que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral, eis que apresentam características em comum: ambos têm por objeto questões sobre o que é permitido, ordenado ou proibido; e comungam de uma pretensão de correção, expressa na tríade asserção de correção, garantia de fundamentabilidade e expectativa de aceitação. Diferenciam-se na medida em que o discurso jurídico apresenta limitações próprias, decorrentes da institucionalização de seus argumentos - lei, jurisprudência e da dogmática (ALEXY, 2017, p.205). Não obstante, situações haveria em que o direito positivo não é suficiente para decidir um caso.

Dado o marco teórico acima explicitado, cogita-se desdobrar a pesquisa em duas seções: a primeira, de natureza teórica, com uma revisão da definição de argumento, da tipologia de argumentos formulada por Alexy e da definição de “casos difíceis”; a segunda seção, mediante pesquisa empírica do tipo qualitativo, sobre uma base de julgados do STF no período de 2009 a 2017, selecionados a partir dos critérios de identificação de casos difíceis propostos na seção teórica, vale dizer, incerteza a respeito das premissas normativas e empíricas. Para tanto, serão analisadas as ações já decididas pelo plenário do STF, no recorte temporal acima indicado (ou seja, entre outubro de 2009 e dezembro de 2017), em que houve designação de audiências

públicas (<http://www.stf.jus.br/portal/audienciaPublica/audienciaPublica.asp?tipo=realiza>), bem como os precedentes que deram origem às súmulas vinculantes (http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/Enunciados_Sumula_Vinculante_STF_Completo.pdf). A seguir, proceder-se-á a um exame analítico dos julgados, mediante preenchimento de tabela-modelo, com discriminação das teses esgrimidas e dos argumentos que lhes serviram de suporte. Elaborar-se-á, por fim, quadro-resumo com demonstração da utilização dos argumentos mais frequentes em função dos diferentes temas abordados nos julgados. Por ocasião da comunicação oral, serão mencionados os resultados parciais da pesquisa.

Referências Bibliográficas

AARNIO, Aulis. *The rational as reasonable: a treatise on legal justification*. Dordrecht, Holland: D.Reidel Publishing Company, 1986.

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

_____. Principais elementos da dupla natureza do Direito. *Revista de direito administrativo*. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, jan/abr. 2010, p.09-30.

ATIENZA, Manuel. *Derecho y Argumentación. Universidad Externado de Colombia*. ISBN: 978-958-710-514-8 E-BOOK, 1997.

_____. *Las razones del Derecho: Teorías de la Argumentación Jurídica (Derecho & Argumentación n° 2) (Spanish Edition)*. Lima: Palestra Editores, 2004. Edição do Kindle.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Harvard University Press, 1977.

HABERMAS, Jürgen. Para o uso pragmático, ético e moral da razão prática. *Estudos avançados do IEA/USP*, vol.3, n.7, São Paulo, set./dez.1989, pp.4-19.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6a ed. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MACCORMICK, Neil. *Legal reasoning and legal theory*. New York: Oxford University Press, 2003. Versão e-book para kindle.

TOLEDO, Cláudia. *Tragic cases: no correct answer? No prelo*.

20. A ECONOMIA SEXUAL DOS LIKES: o percurso dicotômico entre o controle do direito sobre as dinâmicas sexuais e o sexo econômico-digital masculino

Denis Franco Silva
Ramon Silva Costa

Palavras-chave: Economias Sexuais. Prostituição. Masculinidades. Direito. Emancipação Sexual.

Da tradicional prostituição masculina conhecida socialmente, até as práticas econômico-sexuais digitais, o sexo econômico de homens é vinculado a preconceitos baseados em perspectivas que estão longe de expressar as reais condições de vida desses grupos. A criação de uma imagem estereotipada e depreciativa da prostituição convencional contribui para a reprodução de uma visão estigmatizante acerca dos homens que se prostituem, além de restringir a prostituição como única economia sexual praticada por homens, o que não é uma realidade, pois o sexo econômico assume as mais diversas facetas no meio social, sendo viabilizado das mais diversas formas e ocorrendo em bares, boates, hotéis, saunas, espaços públicos e mais recentemente por mecanismos digitais como os sites e aplicativos de celulares (BARRETO, 2017, p. 34).

A sexualidade é um dos aspectos mais conflituosos, controversos e desconhecidos do ser humano; nossa cultura estabelece normas rígidas e cria modelos estanques nos quais pretende classificar as pessoas como “homossexuais” ou “heterossexuais”. Contudo, as economias sexuais se mostram como práticas que reconfiguram à esfera das sociabilidades, revelando-se em distintas atividades que comungam entre si o objetivo de inclusão em nossos padrões socioeconômicos e que proporcionam novas regras para os usos do corpo, ressignificam as relações de gênero, e encontram novas formas de prazer sexual e afetividade (PISCITELLI, 2016, p. 10).

A pesquisa empreendida questiona a efetivação dos direitos fundamentais destes sujeitos e proporciona uma reflexão atualizada com a realidade social contemporânea, enriquecendo o debate dos direitos sexuais por meio de estudos interdisciplinares entre Direito, Sociologia e Antropologia e promovendo uma investigação acerca do contexto bioético do tema, ao abordar as violações de direito dos sujeitos, a autonomia sobre seus corpos e o controle do Direito exercido sobre os mesmos, preocupando-se em refletir acerca da ética e da sistemática opressiva empregada no controle da sexualidade e do uso dos corpos na prostituição e demais economias sexuais.

O problema consiste na questão: Qual a posição do Direito na promoção da dignidade e efetivação dos direitos fundamentais de homens inseridos em práticas econômico-sexuais?

O objetivo geral da pesquisa é analisar a esfera das economias sexuais masculinas, acentuando as divergências entre os espaços físicos e virtuais em que se efetuam a prostituição e outras práticas econômico-sexuais masculinas, com destaque para os aplicativos de celulares destinados ao público gay. Diante desta análise, o objetivo geral traz consigo o debate sobre masculinidade, autonomia, direitos sexuais e controle das práticas sexuais pelo Direito, possibilitando o enfrentamento de barreiras para o devido reconhecimento e efetivação dos direitos humanos.

A metodologia da pesquisa se baseia, na observação em campo, já que "a pesquisa empírica não deixa de ser um instrumento que mensura a realidade". (LIMA; BAPTISTA, 2010, p. 3). Para tanto, os espaços escolhidos para o estudo são os aplicativos de celulares

geolocalizados Grindr® e Hornet®, que têm como público homens que buscam encontros sexuais casuais e relações afetivas com outros homens.

A pesquisa de campo será efetivada por meio de identificação como pesquisador em Direito e sexualidade e buscará o contato com os usuários de aplicativos, por meio de questionamentos acerca de como utilizam os mesmos e sobre experiências pessoais que se aproximam de uma economia sexual, dentre elas, a prostituição, ou seja, será utilizado um método qualitativo viabilizado por entrevistas.

Sendo assim, será levantado um conjunto de dados acerca das características físicas dos indivíduos, suas formas de expressão, as fotos que utilizam em seus perfis, o que buscam ao usarem os aplicativos, quais os tipos de relações que estabelecem com os demais usuários e a sistemática empregada nos encontros sexuais e afetivos.

Ademais, a metodologia compreende análise legislativa com enfoque para o projeto de Lei 4.211/2012 e do disposto no Código Penal em seus artigos 227 a 230. O projeto também terá como processo metodológico uma pesquisa teórica não adstrita à área do Direito, mas que abrange o campo das Ciências Sociais, para tanto, utilizará uma metodologia de revisão bibliográfica.

É imprescindível compreender o conceito de economia sexual para o debate proposto, dessa forma, Elizabeth Bernstein entende que o termo economias sexuais remete ao intercâmbio de sexo por dinheiro no sentido mais literal, mas também às maneiras mediante as quais as circulações sexuais respaldam outros aspectos econômicos. A autora concebe a noção de economias sexuais por meio de uma problematização dos aspectos inerentes ao sexo transacional, sexo este, no qual estão dispostas as trocas sexuais e econômicas que se distinguem da prostituição convencional (BERNSTEIN, 2014, p. 349).

Segundo Adriana Piscitelli, as economias sexuais fazem parte das economias cotidianas. Trata-se de como as pessoas comuns subsistem no dia a dia, do que fazem para viver de forma melhor, para ajudar-se entre gerações e para distribuir e redistribuir recursos financeiros. Nesse sentido, utiliza-se um entendimento amplo de economia que envolve todos os processos mediante os quais se sustenta a vida, o que ultrapassa a ideia das relações de mercado e do puramente material, incluindo estratégias que envolvem relações de cuidado, circulações de afeto e redes de reciprocidade (PISCITELLI, 2016, p. 12).

Assim, a ideia de economias sexuais como parte das economias cotidianas contribui para pensarmos nos relacionamentos e intercâmbios econômico-sexuais realizados no Brasil, incluindo aqueles efetivados pelos meios digitais que compõem o novo mercado sexual caracterizado pelo conjunto de práticas sexuais viabilizadas pelo uso de sites, redes sociais e mais recentemente dos aplicativos para celulares.

A partir da segunda metade da década de 1990, a rede internacional de computadores modificou profundamente a sociabilidade homossexual e sua forma de paquerar. Os *chatrooms* (salas de bate-papo) e sites foram as plataformas iniciais, mas fazem parte da era em que os computadores permitiam pouca mobilidade. Sendo assim, com o advento de equipamentos móveis geolocalizados, smartphones e *tablets*, entre 2009 e 2010, foi possível fornecer aos indivíduos a existência de aplicativos que superaram as plataformas antigas por serem mais práticos e simples de usar. É essa a linha evolutiva, social e tecnológica, que ocasionou a digitalização do flerte, possibilitando práticas e economias sexuais mais disseminadas, acessíveis, higienizadas e normalizadas do que as anteriores (MISKOLCI, 2014, p. 282).

O desejo que rege a busca de parceiros por meios digitais não é apenas sexual, o motor desejante por trás da busca digital envolve aspectos como o anseio de aceitação/inserção social. A busca por parceiros em si, já é bastante valorizada, sendo interessante notar que a “caça” por parceiros sexuais é uma experiência virilizante, já que a predação sexual costuma ser um dos atributos masculinos mais apreciados. No caso de homens homossexuais, buscar parceiros os

“viriliza”, atitude que os contrapõe ao estigma histórico do “efeminamento”, culturalmente associado a eles (MISKOLCI, 2014, p. 286).

Raewyn W. Connell, define a masculinidade como sendo “uma configuração de prática em torno da posição dos homens na estrutura das relações de gênero”, e salienta que existem “mais de uma configuração desse tipo em qualquer ordem de gênero de uma sociedade”. Dessa forma, diante desta pluralidade, não se deveria falar em “masculinidade”, mas em “masculinidades” (CONNEL, 1995, p. 188).

Salienta-se ainda que, dentre as inúmeras masculinidades, haveria uma que seria vista como hegemônica considerada um ideal cultural de masculinidade. Além desta forma de masculinidade, existiriam outras que manteriam relações de subordinação, aproximação ou de marginalização em relação à hegemônica. (CONNELL, 1997, pp. 39-43).

Butler (2003) aborda a ideia de construções de gênero e sexualidade ao expressar que não existe uma identidade de sexo por trás das expressões de gênero, e que a identidade é constituída como uma performance. São as performances que estipulam as identidades de gênero.

Dessa forma, resta a questão sobre qual a posição do Direito diante das questões de gênero e produção de identidades vivenciadas por homens inseridos em economias sexuais. Borrillo (2015) entende que a liberdade sexual é a capacidade de agir eroticamente sem coação e de se expressar sexualmente segundo as próprias escolhas. O autor expressa que a vontade e o consentimento constituem os pilares da liberdade sexual, enfatizando que assim como as demais liberdades está constituída por dois aspectos fundamentais: o direito do sujeito para exercê-la e a obrigação de todos os membros da sociedade de não interferir nesse livre exercício.

Nesse sentido, Denis Franco Silva elucida que de acordo com a legislação atual, toda e qualquer ação ou comportamento que não ultrapasse os limites espaço-temporais da soberania exercida pela pessoa sobre o próprio corpo será incluída ou excluída da esfera de incidência da norma, em conformidade com sua vontade (SILVA, 2014, p.65).

Ao falarmos de liberdade sexual e autonomia dos indivíduos na prática de suas atividades sexuais, há a introdução da discussão acerca dos direitos sexuais na contemporaneidade, visto que, atualmente experimentamos o progresso do debate no que tange os direitos sexuais como instrumento de afirmação da autodeterminação dos sujeitos e como meio de proteção da liberdade de realização de projetos pessoais de vida, sem levar em conta a moralidade sexual dominante presente na sociedade, sendo este projeto específico vinculado à sexualidade, interligado aos ideários da modernidade, como a liberdade e igualdade, usadas como vetores de legitimação das dinâmicas políticas, econômicas, sociais e culturais (MONICA; MARTINS, 2017, p. 20).

Referências Bibliográficas

_____. Assembleia Legislativa. Projeto de Lei PL 4.211/2012. Regulamenta a atividade dos profissionais do sexo. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/1019532.pdf> Acesso em: 12/2017. Texto original.

BARRETO, V. H. de Souza. Vamos fazer uma sacanagem gostosa?: Uma etnografia do desejo e das práticas da prostituição masculina carioca. Niterói, Eduff, 2017.

BERNSTEIN, E. *Introduction: Sexual Economies and New Regimes of Governance. Social Politics: International Studies in Gender, State & Society* 21.3, Oxford, 2014.

BORRILLO, D. Uma perspectiva crítica das políticas sexuais e de gênero. Gênero, sexualidade e direitos humanos. Porto Alegre, 2015, Porto Alegre, Brasil. Disponível em: <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01240641>. Acesso em: 12/2017.

BUTLER, J. Problemas de gênero: feminismo e subversão de identidade. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira; 2003.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. Classificação Brasileira de Ocupações: CBO. 3ªed. Brasília: MTE, SPPE, 2010.

CASTELLS, M. 2011. A sociedade em rede. São Paulo: Paz e Terra.

CITELI, M. T. A pesquisa sobre sexualidade e direitos sexuais no Brasil (1990-2002): revisão crítica. Rio de Janeiro: CEPESC, 2005.

CONNELL, R. W. Políticas da Masculinidade. Educação & Realidade, 20 (2). 1995, pp. 185-206.

CONNEL, R. W. *La organización social de la masculinidad*, pp. 31-48. In T Valdés e J Olavarría (eds). *Masculinidades: poder e crisis. Ediciones de las Mujeres* 24. Isis Internacional, Santiago. 1997.

DELMANTO, C. Código Penal Comentado e ampliado. 9ª Ed, Saraiva, São Paulo, 2016.

DÍAS-BENITEZ, M. Elvira. 2010. Nas redes do sexo: os bastidores do pornô brasileiro. Rio de Janeiro: Zahar.

FOUCAULT, M. História da sexualidade I: a vontade de saber. v.1. São Paulo: Graal, 1988.

GEERTZ, C. A interpretação das culturas. Rio de Janeiro: LTC, 1989.

GUIRALDELLI E SOUZA. Oikos: Revista Brasileira de Economia Doméstica, Viçosa, v. 24, n.2, 2013.

IAMAMOTO, M. Vilela. Serviço Social em tempo de capital fetiche: capital financeiro, trabalho e questão social. São Paulo: Cortez, 2008.

LIMA, R. K. de; BAPTISTA, B. G. L. O desafio de realizar pesquisa empírica no Direito: uma contribuição antropológica. Paper apresentado no 7º Encontro da ABCP – Associação Brasileira de Ciência Política, Recife, 4-7 ago. 2010.

MATLOCK, J. E se a sexualidade não tivesse futuro? In: Daniel Borrillo, Pierrer Fedida, Dana Rudelic-Fernandez, Et Al. A sexualidade tem futuro? Ed. Loyola, São Paulo, 2002.

MISKOLCI, R. San Francisco e a nova economia do desejo. Lua Nova (91), São Paulo, 2014, pp. 269-295.

MONICA E MARTINS. Conceitos para pensar sobre política sexual no Direito brasileiro. In: Eder Fernandes Monica e Ana Paula Antunes Martins (Orgs.). Qual o Futuro da Sexualidade no Direito?. Rio de Janeiro. Bonecker; PPGSD, 2017. 19-46.

PERLONGHER, O. Néstor. O negócio do michê: a prostituição viril. Brasiliense, São Paulo, 1987.

PISCITELLI, A. Economias sexuais, amor e tráfico de pessoas. Cadernos pagu (47), Campinas-SP, Núcleo de Estudos de Gênero-Pagu/Unicamp, 2016, pp.31-62.

SILVA, D. F. Livre uso do corpo e direitos da personalidade. Pensar- Revista de Ciências Jurídicas, Fortaleza, v. 19, n1, 2014, pp. 56-70.

WOODWARD, K. Identidade e diferença: uma introdução teórica e conceitual. In: SILVA, T. Identidade e Diferença – A perspectiva dos Estudos Culturais. Belo Horizonte: Vozes, 2007, pp. 7-72.

21. ATIVISMO JUDICIAL, CONFLITO DE COMPETÊNCIAS E PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS FORMAIS

(Referente ao projeto de pesquisa cadastrado "ativismo judicial, conflito de competências e ponderação de princípios formais")

Claudia Maria Toledo Da Silveira¹
Ana Clara Viana Nogueira²
Pedro Andrade Queiroz³

Palavras-chave: Judicialização, ativismo judicial, princípios formais

Ativismo judicial, conflito de competências e ponderação de princípios formais⁴

O ativismo judicial é um fenômeno jurídico que consiste na ingerência indevida do Poder Judiciário na esfera de competência dos outros poderes, violando o princípio da separação de poderes. Na realidade brasileira, dois fatores têm influência nesse fenômeno: o extenso rol de direitos previstos constitucionalmente e a inércia dos Poderes Legislativo e Executivo. Muitas vezes tais poderes são omissos em efetivar e proteger todos os direitos previstos, fazendo com que cada vez mais o Judiciário seja acionado para tutelar tais garantias. Vale ressaltar que o Judiciário não pode se negar a julgar determinada causa, devido aos princípios da inafastabilidade do controle jurisdicional e da proibição do *non liquet*.

De acordo com Luís Roberto Barroso, não se confunde judicialização da política e ativismo judicial. A judicialização ocorre devido às funções atribuídas ao Judiciário pela Constituição Federal, fazendo com que questões de relevante interesse político acabem sendo decididas judicialmente, e não nas vias de competência executiva ou legislativa. Já o ativismo, para o Ministro, consiste em uma postura, uma atitude do Judiciário, que opta por um modo mais proativo de interpretação da lei.

Embora na doutrina ainda não exista um consenso a respeito de ativismo judicial, havendo opiniões a favor e contra, temos que o fenômeno pode ser considerado como uma patologia constitucional, pois acaba por concretizar valores e discursos que não puderam ser sedimentados democraticamente na sociedade.

Para entendermos sobre conflito de competências, é necessário abordar temas como o princípio da separação dos poderes e o sistema de freios e contrapesos (*check and balances system*). A tese da separação dos poderes remete a Aristóteles, mas foi o pensador moderno Montesquieu que a desenvolveu. Essa separação consiste na divisão do poder uno do Estado em diferentes funções atribuídas aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário e tem como objetivo evitar a concentração de poder em um único agente estatal. Nesse contexto, têm-se o sistema de freios e contrapesos, que tem como objetivo conter os abusos e indevidas intervenções ou omissões dos outros poderes, mantendo todos em harmonia e sem hierarquia. Tal divisão clássica é adotada em diversos países e, no Brasil, é consagrada pelo art. 2º da Constituição Federal de 1988.

O conflito de competências é um assunto que enseja questionamentos na doutrina atual e se relaciona diretamente com a ponderação de princípios formais. Sabe-se que os princípios

¹ Professora associada da Faculdade de Direito, membro do corpo docente permanente do Mestrado em Direito e Inovação, coordenadora do projeto

² Aluna do 4º período do curso de Direito da UFJF

³ Aluno do 5º período do curso de Direito da UFJF

⁴ Projeto BIC/UFJF, em desenvolvimento de agosto/2017 a julho/2018.

são normas que constituem um mandamento de otimização, ou seja, que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível. Quanto aos princípios formais, pode-se dizer que têm como objeto não um conteúdo, mas decisões jurídicas independentemente de seu conteúdo. Isto é, são princípios procedimentais, que não consagram conteúdos, mas dizem respeito ao procedimento através do qual são produzidos conteúdos jurídicos (como e por quem). Apesar das controvérsias existentes acerca da conceituação do que seria efetivamente um princípio formal, o presente trabalho buscou basear-se nos estudos da Teoria dos Princípios de Robert Alexy e no seu desenvolvimento, por Matthias Klatt (2015), no tocante aos conflitos de competências entre poderes públicos. Com base nos princípios formais da discricionariedade legislativa e administrativa e da inafastabilidade do controle jurisdicional, Klatt apresenta requisitos para solucionar tais conflitos, alcançando um equilíbrio entre o exercício dos Poderes na esfera de competência que lhes é devida, e o controle recíproco entre eles.

No princípio da discricionariedade legislativa e executiva, o significado de discricionariedade abrange a faculdade de escolha, tendo em vista que, facultativo é aquilo que não é proibido, e nem obrigatório. Como um desdobramento do conceito, temos as discricionariedades administrativa e legislativa, espaços de liberdade do administrador público e do legislador, moldados e limitados pelo próprio Direito. O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional é um instrumento de garantia aos direitos fundamentais e uma forma de controle que expressa os valores do Estado Democrático de Direito. Aplicando a teoria dos princípios aos conflitos de competência – especialmente a máxima da proporcionalidade e sua máxima parcial, a ponderação –, Klatt tratou os conflitos de competência como uma colisão de princípios formais. Desta maneira, o procedimento a ser seguido consistiria na ponderação entre os princípios da discricionariedade legislativa/administrativa e o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, considerando-se as condições fáticas dos casos em concreto.

As condições relativas aos fatos jurídicos são demasiadamente diversificadas, assim como são diversos os fatores que podem recair sobre eles, sendo necessário que se estabeleçam critérios objetivos que sirvam de parâmetro para uma análise dos limites entre a discricionariedade e a interferência judicial. Por conseguinte, Klatt elaborou fatores que devem ser considerados no momento da ponderação dos princípios formais, a saber:

- 1) Confiabilidade epistêmica empírica das premissas utilizadas para a decisão: quantos menos confiáveis são as premissas apresentadas, maior peso deve ser dado à discricionariedade legislativa/executiva, e menor peso dado a revisão judicial;
- 2) Extensão da regulamentação legislativa sobre a matéria em questão: quanto mais regulamentação legislativa a matéria em questão tiver, menor deve ser a esfera de discricionariedade administrativa e legislativa, e maior deve ser a possibilidade de revisão pelo poder judiciário;
- 3) Interferência nos direitos fundamentais: quanto maior for a interferência no âmbito dos direitos fundamentais, maior será a amplitude da revisão judicial, e menor será a discricionariedade dos poderes executivo e legislativo.

Isto posto, o presente trabalho almejou identificar, no decorrer da pesquisa bibliográfica, a referência aos critérios elaborados por Klatt ou a descoberta de outros fatores que possibilitem a delimitação das condições fáticas do caso concreto em que há conflito de competências. No entanto, tais critérios e fatores não foram encontrados na doutrina nacional.

Para se verificar se realmente está acontecendo um processo de judicialização da política e politização do judiciário, na pesquisa empírico-jurisprudencial, foram levantados os julgados do Supremo Tribunal Federal nos anos 2000, 2005, 2010, 2015, relativos ao “direito à saúde”, “direito à educação”, “discricionariedade legislativa/administrativa”, “inafastabilidade do controle jurisdicional” e “mínimo existencial”. Nas decisões, os princípios mais abordados foram o princípio da separação de poderes, o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, o princípio da reserva do possível, o princípio da dignidade humana e o princípio

da igualdade. Em relação à margem de discricionariedade legislativa e executiva e de apreciação judicial, tem-se o recorrente argumento de que a interferência do Poder Judiciário na efetivação de políticas públicas já existentes não configura violação à separação de poderes, uma vez que o Judiciário está apenas exercendo sua competência, não adentrando os limites de atuação dos outros poderes. Ademais, os argumentos apresentados afirmavam que a discricionariedade do Poder Executivo e Legislativo, frente aos direitos fundamentais, teria seu âmbito reduzido, já que estes últimos seriam cláusulas pétreas consagradas pela Constituição. Foram obtidos resultados parciais, tendo em vista que até o presente momento foram encontrados e analisados vinte e dois acórdãos, em que foram encontradas as seguintes referências:

- a) “Discricionariedade legislativa/administrativa” e “inafastabilidade do controle jurisdicional” - dois acórdãos em 2000;
- b) “Mínimo existencial” - quatro acórdãos em 2005;
- c) “Direito à educação” - cinco acórdãos em 2005 e dois em 2010;
- d) “Direito à saúde” - três acórdãos em 2000, dois em 2005 e quatro em 2010.

Dentre estas, apenas uma decisão foi favorável ao Estado. Assim como se verificou na doutrina brasileira, também na jurisprudência nacional não foram encontradas referências aos critérios elaborados por Klatt. Porém, até o momento, podem ser apresentados dois resultados parciais em relação aos argumentos analisados:

- 1) Dentre os vinte e dois acórdãos estudados, em seis (27%), foi utilizado o argumento de que o Poder Judiciário está atuando na concretização de políticas públicas já existentes, situação em que não há ingerência indevida do Poder Judiciário no âmbito de discricionariedade dos outros poderes, não havendo, portanto, afronta ao princípio da separação dos poderes;
- 2) Não foram constatados argumentos exteriores ao Direito nos acórdãos examinados. O critério central para definição do argumento como jurídico ou extrajurídico (integrante do discurso jurídico ou do discurso prático geral, com base no pensamento alexyano) foi a regulamentação ou não do tema pelo direito positivo (legislação e precedentes) e/ou doutrina.

Referências Bibliográficas

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Ed. Malheiros, 2008.

FREITAS, Juarez. Discricionariedade Administrativa: O Controle de Prioridades Constitucionais. Revista NEJ - Eletrônica, Vol. 18 - n. 3 - p. 416-434 / set-dez 2013.

KLATT, Matthias. Who decides? Judicial review in balance. International Journal of Constitutional Law, Oxford University Press and New York University School of Law, Vol. 13, N. 2, p.354-382, 2015.

LEAL, Mônica Clarissa Henning, GERVASONI, Tássia Aparecida. Judicialização da política e ativismo judicial: a abertura do processo interpretativo da Constituição como mecanismo de democratização da jurisdição constitucional de participação no tratamento de conflitos in Revista Direitos Culturais, n.14, janeiro de 2013, p.1-12.

PINTO, Felipe Chiarello de Souza; DONADELLI, Antônio Paulo de Mattos. O papel do Judiciário, o Estado de Direito e o chamado “Ativismo Judicial” na doutrina brasileira in Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica, Vol. 19, n. 1, janeiro–abril, 2014, p.42-76.

SANTOS, Raphael de Souza Almeida. Entre a técnica e a efetividade: o ativismo judicial como instrumento de garantia dos direitos fundamentais in AREL FAAR, Ariquemes, RO, v. 1, n. 1, mai. 2013, p. 76-94.

22.O RECONHECIMENTO DOS DIREITOS LGBT NOS TRIBUNAIS SUPERIORES FRENTE À PLURALIDADE SOCIOCULTURAL BRASILEIRA

Denis Franco Silva
Ramon Silva Costa
Samuel Rodrigues De Oliveira

Palavras-chave: Direito. STF. STJ. LGBT. Pluralidade Sociocultural.

O reconhecimento de direitos para pessoas LGBT nos Tribunais Superiores está avançando consideravelmente nos últimos anos. No entanto, esse processo de reconhecimento, mesmo após decisões judiciais de destaque, não finalizou o debate sobre a efetivação de direitos deste grupo, assim, tais direitos ainda enfrentam caloroso debate social, envolvendo uma expressiva e dicotômica discussão política.

A ideia de reconhecimento ocorre pela declaração de existência desses direitos, porém, a efetivação dos mesmos depende de um contexto mais complexo, assim como Walzer (2003) destaca, uma simples concepção de sociedade de iguais é insatisfatória, sendo necessária uma igualdade complexa, que alcance o pluralismo social e que nos leve a estratégias diferenciadas, locais e subjetivas, para a solução de problemas oriundos da diversidade cultural. Portanto, o reconhecimento auferido pelos Tribunais necessita de um olhar crítico, no intuito de verificar a real efetividade concedida pelo Direito às pautas do Movimento LGBT no Brasil.

Ao pensarmos sobre pluralidade cultural, a teoria Multiculturalista exerce importante papel na compreensão desta pluralidade vivenciada pelas sociedades contemporâneas, esta teoria respalda as questões acerca de direito e sexualidade, por meio de autores como Nancy Fraser, Iris Marion Young e Charles Taylor.

O conceito de Multicultural, para Hall (2003), é a qualidade de sociedades nas quais diferentes comunidades culturais tentam construir uma vida comunitária sem perder, de modo absoluto, as características de sua cultura original. Multiculturalismo, por sua vez, são as estratégias e políticas adotadas para governar e administrar os problemas gerados por esse pluralismo sociocultural.

Em um sentido multiculturalista, Nancy Fraser (2007) entende o reconhecimento como uma questão de justiça. Para a autora, na luta de grupos através dos movimentos sociais de negros; mulheres; deficientes físicos; LGBT; entre outros “reconhecimento da diferença” emergiu como o principal conflito contra a dominação cultural do século XXI (FRASER, 2006).

Nesse contexto, a autora (2006) concebe duas formas de compreensão da injustiça: a primeira seria a injustiça econômica, estabelecida na estrutura política e econômica da sociedade; e a segunda, a injustiça cultural ou simbólica, contida nos padrões sociais de representação, interpretação e comunicação. O remédio para a injustiça econômica estaria na reestruturação político-econômica, através de mecanismos igualitários e universalistas, como a redistribuição de renda e o controle democrático do investimento. Já o remédio para a injustiça cultural estaria numa espécie de mudança cultural ou simbólica, envolvendo o reconhecimento e a valorização da diversidade cultural.

Dessa forma, a redistribuição e o reconhecimento são categorias fundamentais para compreender os paradigmas de injustiça socioeconômica e cultural ou simbólica, segundo Fraser (2006). Portanto, a modificação de uma sociedade afetada pela injustiça econômica, depende da redistribuição dos bens materiais, com a emersão de estratégias igualitárias, enquanto os aspectos da injustiça cultural podem ser alterados pelo reconhecimento de grupos estigmatizados em uma perspectiva diferenciadora, o que gera o dilema e a

complementariedade entre reconhecimento e redistribuição, pois o primeiro tende a suprimir as diferenças, enquanto o segundo as produz.

Young (2000) entende que em casos de grupos historicamente oprimidos, como os LGBT, direitos diferenciados de proteção e de benefício podem ser necessários, e de certa forma, legitimados no intento de equilibrar desigualdades historicamente constituídas, para dar espaço social a esses indivíduos, com a devida visibilidade de suas questões e, por conseguinte, acesso aos bens sociais. Tal como reconhece Young (2000), estes direitos diferenciados se justificariam em um novo sentido de justiça estritamente correlacionado com uma política verdadeiramente democrática, orientada para uma dissolução das desigualdades historicamente institucionalizadas que determinam a opressão distributiva.

Sendo assim, a questão da presente pesquisa é: como efetivar a igualdade entre pessoas LGBT ao ponto em que os direitos contemplem a diversidade sociocultural do grupo? A questão decorre do fato de que a maioria dos processos analisados tem como parte pessoas que utilizaram a advocacia privada. Dessa forma, existem questionamentos acerca da real efetividade dos direitos diferenciados, sendo necessários os devidos recortes sociais em um país marcado pelas mais diversas desigualdades sociais e no qual há patente instabilidade legislativa e judicial acerca dos direitos LGBT.

A metodologia se constitui na análise qualitativa de casos envolvendo questões LGBT, levados ao STF e ao STJ, nos últimos quinze anos (2003-2018). Os dados analisados nesta pesquisa foram coletados nos sítios dos Supremos Tribunais, no período de 01 de janeiro de 2003 a 01 de janeiro de 2018, na busca por termos como “LGBT”; “homossexual”; “união civil entre pessoas do mesmo sexo”; “casamento homoafetivo”; “união homoafetiva”; “homofobia”; “travesti”; “transexual”. Na coleta feita no STJ foram encontrados: 51 Acórdãos; 391 Decisões Monocráticas; 21 Informativos de Jurisprudência. Na coleta feita no STF foram encontrados: 20 Acórdãos; 157 Decisões Monocráticas; 15 Informativos. Além disso, a pesquisa abarca a análise de bibliografias, dados e relatórios sobre as pautas inerentes ao movimento LGBT, com enfoque em um estudo interdisciplinar com os demais campos das ciências sociais para um panorama amplo do contexto social das pautas LGBT.

A população LGBT busca pela efetivação de direitos no âmbito do Poder Judiciário e no plano normativo com o objetivo de combate às discriminações sociais oriundas de um extrato sociocultural heteronormativo que implica em conflitos que se evidenciam no Judiciário. Como expressa Gohn (2011), os movimentos sociais representam ações sociais coletivas de caráter sociopolítico e cultural que promovem formas distintas de busca por efetivação de demandas, no caso do Movimento LGBT, os indivíduos clamam por direitos humanos basilares, dignidade pública e políticas sociais que contemplem a esfera que os circundam. Dessa forma, a presente pesquisa pretende investigar quais as melhores estratégias para a real efetivação dos direitos destes sujeitos, levando-se em conta a pluralidade sociocultural, as lacunas legislativas e políticas, assim como os aspectos da ação judicial neste processo.

Referências Bibliográficas

BORILLO, D. (2010). Homofobia: história e crítica de um preconceito. Belo Horizonte: Autêntica.

CORNWALL, A., Jolly, Susy. (2008). Introdução: A Sexualidade é Importante. Em Andrea Cornwall & Susie Jolly. Questões de Sexualidade: ensaios transculturais (pp. 12-36). Rio de Janeiro: ABIA.

FACCHINI, R. (2003). Movimento homossexual no Brasil: recompondo um histórico. Cad. AEL, 10(18/19),82-124.

FRASER, N. (2006). Da Redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da Justiça numa era "Pós-socialista". Cadernos de Campo, 14(15),13-82, São Paulo.

FRASER, N. (2007). Reconhecimento Sem Ética. Lua Nova, 70(1),101-138, São Paulo.

FOUCAULT, M. (1993) História da sexualidade I: a vontade de saber. 11. ed. Rio de Janeiro: Graal.

GEERTZ, C. (1989). A interpretação das culturas. Rio de Janeiro: LTC.

GOHN, M.G. (2011). Movimentos sociais na contemporaneidade. Revista Brasileira de Educação, 16(47),333-361.

GOHN, Maria da Gloria. (2000). Teoria dos Movimentos Sociais: paradigmas clássicos e contemporâneos (2ª ed.). São Paulo: Loyola.

LOURO, G.L. (2008). Um Corpo Estranho: ensaios sobre sexualidade e teoria queer. Belo Horizonte: Autêntica.

PASSAMANI, G.R. (2009). O arco-íris (des) coberto. Santa Maria: UFSM.

SEMPRINI, A. (1999). Multiculturalismo. São Paulo: EDUSC.

SPENCER, C. (1996). Homossexualidade: uma história. Rio de Janeiro: Record.

TAYLOR, C. (2009). *La Política del Reconocimiento. Em Charles Taylor. El multiculturalismo e "La Política Del Reconocimiento"* (2ª ed.). México D.F: FCE.

TAYLOR, C. (1997). As Fontes do Self: a construção da identidade moderna. São Paulo: Loyola.

WALZER, M. (2003). Esferas da justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade. São Paulo: Martins Fontes.

YOUNG, I.M. (2000). La justicia y la Política de la diferencia. Madrid: Cátedra.

YOUNG, I.M. (2006). Representação Política, Identidade e Minorias; Lua Nova, 67(1),139-190, São Paulo.

23. PLANOS NACIONAIS DE AÇÃO EM EMPRESAS E DIREITOS HUMANOS NA AMÉRICA LATINA - HOMA

Manoela Carneiro Roland
João Luís Lobo Monteiro De Castro
Luiz Carlos Silva Faria Jr.
Kaliandra Casati Júlio
Gabriel Ribeiro Brega
Lucas De Souza Oliveira
Maria Fernanda Campos Goretti De Carvalho
Renata Paschoalim Rocha
Lívia Fazolatto Ferreira
Laura Monteiro Senra

Palavras-chave: Direitos humanos e empresas, planos nacionais de empresas e direitos humanos, princípios orientadores.

A presente pesquisa se insere no trabalho desenvolvido pelo HOMA – Centro de Direitos Humanos e Empresas - e se desenvolve a partir de um processo contínuo de investigação sobre os Planos Nacionais de Ação sobre Empresas e Direitos Humanos no mundo, desde 2015.

Os Planos Nacionais de Ação são instrumentos de implementação dos Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos, que começaram a ser elaborados desde o final de 2012, em atenção às recomendações da Resolução 21/5, do Conselho de Direitos Humanos da ONU, em setembro do mesmo ano.

Diante desse cenário, já foi possível elaborar análise sobre a produção de Planos Nacionais de Ação na Europa e suas contribuições para o Brasil, através do documento técnico “Planos Nacionais de Ação Sobre Direitos Humanos e Empresas: Contribuições para a Realidade Brasileira”. Este documento produziu reflexões críticas sobre os sete Planos Nacionais de Ação elaborados na Europa até setembro de 2015.

A pesquisa atual objetiva identificar se as falhas encontradas na análise do contexto de elaboração dos Planos Nacionais Europeus e do conteúdo destes estariam ou não sendo replicadas na elaboração dos Planos Nacionais Latino-Americanos, bem como ressaltar as particularidades que surgem na América Latina, observando se, na elaboração de tais documentos, tem havido participação efetiva da sociedade civil e dos afetados e afetadas pelas atividades violadoras das empresas, ou se o marco neoliberal da arquitetura da impunidade (ZUBIZARRETA, 2012) tem capturado os processos participativos.

A importância de tal estudo se dá pela necessidade de verificar se os planos que têm sido elaborados possuem, de fato, potencial para promover avanço nas normativas nacionais e políticas públicas de proteção aos Direitos Humanos contra violações cometidas por empresas ou se não rompem com a arquitetura da impunidade (ZUBIZARRETA, 2012). Partindo-se do pressuposto de que, quanto mais inclusivo e participativo for o processo de elaboração de tais políticas públicas, maior será a possibilidade de que estas atendam aos anseios da sociedade civil e dos afetados e afetadas por violações de direitos humanos causadas pelas atividades empresariais.

A fim de se realizar a análise desejada, tem-se como marco teórico as ideias de Evelina Dagnino (2004), como também as pesquisas da autora em parceria com Alberto J. Olvera e Aldo Panfichi (2006/2008) – com enfoque em conceitos relacionados à democracia, sociedade civil, cidadania e participação no Brasil e América Latina.

De acordo com as ideias de Dagnino (2004), o contexto político latino-americano é marcado pela disputa de dois projetos pela construção da democracia. Trata-se dos projetos denominados Neoliberal e Democrático-Participativo. Ambos, apesar de apontarem em direções distintas e, até mesmo, antagônicas, possuem discursos similares, pautados na participação de uma sociedade civil ativa e propositiva. Ocorre que, a forma como se dá a participação em cada um destes processos é bastante distinta.

O Projeto Democrático-Participativo se associa à radicalização e aprofundamento da democracia, não se contentando apenas com a existência de uma democracia eleitoral, mas buscando ir além e possibilitar uma real participação da sociedade civil no tocante à emergência de novos temas, sujeitos e discussões, permitindo que se atue na construção dos direitos. Esse projeto contesta os limites formais da democracia liberal, a qual teria um caráter excludente e elitista. Por outro lado, o Projeto Neoliberal tem seu foco em ajustar o Estado e sua relação com a sociedade ao que crê serem as exigências de uma economia globalizada capitalista.

Diferentemente do projeto Democrático-Participativo, a questão central não é a construção democrática, mas sim a necessidade de organizar a economia, para que ela possa ser competitiva em âmbito internacional. Neste contexto, a participação é vista como um instrumento para obtenção de informações qualificadas sobre as demandas sociais. Assim, ocorre uma exclusão de vários setores da sociedade civil, como os movimentos sociais, e se reduz esta praticamente às ONGS ou a uma ideia de terceiro setor. Os governos procuram parceiros confiáveis, que ratifiquem suas ideias, excluindo a pluralidade ideológica, o conflito e o debate que devem caracterizar a sociedade civil e suas arenas.

Ante tal marco teórico, buscar-se-á identificar se a participação que tem ocorrido nos Planos de Ação Nacional em Empresas e Direitos Humanos Latino-Americanos seria a do Projeto neoliberal ou a do Democrático-Participativo. Tem-se como hipótese inicial que tal participa se aproxima à do Projeto Neoliberal.

A fim de se confirmar ou não tal hipótese, utiliza-se de uma metodologia empírica, através da análise documental dos três Planos de Ação Nacional em Direitos Humanos e Empresas já existentes na América Latina: O Colombiano, o Chileno e o Mexicano, bem como de entrevistas realizadas tanto presencialmente, quanto via questionário com membros da sociedade civil dos países em estudo.

Tal pesquisa encontra-se ainda em andamento, mas como conclusões iniciais, a partir da análise dos documentos em questão e das entrevistas realizadas, percebe-se que a participação que ocorreu nos Planos analisados se aproxima mais daquela do Projeto Neoliberal. O modelo de participação implementado não tem permitido de fato que a sociedade civil e os afetados e afetadas tenham voz e poder de decisão no processo, servindo mais como uma forma de legitimar a existência de tais planos através da retórica da participação.

Referências Bibliográficas

BERRÓN, Gonzalo. *Derechos Humanos Y Empresas Transnacionales*. Nueva Sociedad. Buenos Aires V.264, pp. 147-158

CHILE. Informe sobre Diálogos Participativos sobre Empresas y Derechos Humanos em Chile, 2016. Disponível em: http://derechoshumanosyempresas.minrel.gob.cl/ddhh/site/artic/20150422/asocfile/20150422104019/informe_final_conjunto_de_talleres__dialogo_chile__julio_2016.pdf. Acesso em 20/05/2017

COLOMBIA. Colômbia *Avanza Derechos Humanos Y Empresas Plan de Acción de Derechos Humanos y Empresas*, 2015. Disponível em

http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/NationalPlans/PNA_Colombia_9dic.pdf.
Acesso em: 20/05/2017

COLOMBIA. *Plan Nacional de Acción em Derechos Humanos y Empresas Informe de Avances em La Implementación, 2016*. Disponível em: <http://www.derechoshumanos.gov.co/lineasestrategicas/empresa/Documents/170331-informe%20ddhh-empresas.pdf>. Acesso em: 20/05/2017

DAGNINO, Evelina; OLVERA, Alberto J.; PANFICHI, Aldo. Para uma Leitura da Disputa pela Construção Democrática na América Latina. In: DAGNINO, Evelina; OLVERA, Alberto J.; PANFICHI, Aldo (orgs). *A Disputa Pela Construção Democrática na América Latina*. Campinas: Paz e Terra, 2006.

DAGNINO, Evelina. *Sociedade Civil, Participação e Cidadania: de que estamos falando? In: MATO, Daniel (org). Políticas de Ciudadania y Sociedad Civil em tiempos de Globalización*. Caracas: Faces, Universidad Central de Venezuela, 2004.

DAGNINO, Evelina; OLVERA, Alberto J.; PANFICHI, Aldo. *Innovación Democrática em América Latina: Una Primera Mirada Al Proyecto Democrático-participativo*. In: RAVENTÓS, Ciska (org). *Innovación Democrática em el Sur*. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciências Sociales – CLACSO, 2008.

DE SCHUTTER, Olivier. *Towards a New treaty on Business and Human Rights*. *Business and Human Rights Journal*. Cambridge: Cambridge University Press. V1 (2015), pp 41-67.

DEVA, Surya; BILCHITZ, David. *Human Rights Obligations of Business Beyond the Corporate Responsibility to respect?* Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

EPSTEIN, Lee; King, Gary. *The Rules Of Inference*. In: *The University of Chicago Law Review*, volume 69, Winter 2002.

ROLAND, Manoela Carneiro (coord); FARIA JR, Luiz Carlos S. (supervisão). *Planos Nacionais de Ação Sobre Direitos Humanos e Empresas: Contribuições para a Realidade Brasileira – parte 1: Perspectivas Gerais Sobre os Planos Nacionais de Ação Sobre Empresas e Direitos Humanos*. HOMA, 2016. Disponível em <http://homacdh.com/wp-content/uploads/2016/01/Perspectivas-Gerais-sobre-os-Planos-Nacionais-de-Ac%CC%A7a%CC%83o-sobre-Empresas-e-Direitos-Humanos.pdf>. Acesso em: 30/03/2017

UN WORKING GROUP ON BUSINESS AND HUMAN RIGHTS, *Guidance on National Action Plans on Business and Human Rights*. Version 1.0 Genebra, 2014. Disponível em: http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/UNWG_%20NAPGuidance.pdf. Acesso em: 20/05/2017

UN WORKING GROUP ON BUSINESS AND HUMAN RIGHTS, *Guidance on National Action Plans on Business and Human Rights*. Genebra, 2016. Disponível em: http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/UNWG_NAPGuidance.pdf. Acesso em: 20/05/2017

24. TRIBUTAÇÃO DE NOVAS TECNOLOGIAS - INICIAÇÃO CIENTÍFICA

Elizabete Rosa De Mello
Dylan Késsley Ferreira Monteiro

Palavras-chave: Novas Tecnologias, Direito Tributário, tributação de novas tecnologias, Internet das coisas

Tributação de novas Tecnologias

A criatividade humana para criar novas tecnologias não tem limites e o direito acaba não conseguindo acompanhar sua rapidez. As novas tecnologias podem ser conceituadas como meios de acesso a bens e serviços por meio da internet e dispositivos eletrônicos, de maneira ágil, instantânea, dinâmica e globalizada. Surgiu através delas várias formas de comunicações e serviços que permitem novas experiências e as mais diversas execuções de tarefas diárias, de forma mais rápida, eficiente e integrada, possibilitando a era da hiperconectividade. Exemplos disso são os serviços fornecidos pela internet das coisas (*IOT- internet of things*), os armazenamentos de arquivos na “nuvem”, o Uber, Airbnb, os serviços de streaming, como *Netflix* e *Spotify* que se operam por meio de dispositivos digitais e tendem a facilitar nossas vidas, dando rapidez e eficiência nas relações humanas.

Com as mudanças nas relações humanas dado ao uso das novas tecnologias acabam por surgir a dificuldade em aplicar as legislações previstas, o que gera diversas divergências sendo necessário acionar o judiciário para enquadrar as normas nas novas situações, porém há casos que a simples interpretação não resolverá o problema e acarreta muitas questões, se as novas tecnologias devem ser tributadas a título de ICMS (imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior) ou ISSQN (imposto sobre serviços de qualquer natureza) ou, sequer não serem tributados. Outra questão muito debatida na doutrina e na jurisprudência brasileira está em saber se devem ser tributadas as operações com softwares, programas, aplicativos, arquivos e jogos eletrônicos quando disponibilizados por meio de download ou streaming.

O Convênio do ICMS nº 181/2015 autorizou dezoito Estados da Federação a conceder redução da base de cálculo nas operações com “softwares, programas, jogos eletrônicos, aplicativos, arquivos eletrônicos e congêneres, padronizados, ainda que sejam ou possam ser adaptados, disponibilizados por qualquer meio, inclusive nas operações efetuadas por meio da transferência eletrônica de dados” (FGV, 2017). Todavia, em 2016 foi aprovada a Lei Complementar nº 157, que incluiu na lista de serviços anexa à Lei Complementar 116/2003, que trata do ISSQN, situações jurídicas relacionadas ao desenvolvimento tecnológico, como o “processamento, armazenamento ou hospedagem de dados, textos, imagens, vídeos, páginas eletrônicas, aplicativos e sistemas de informação, entre outros formatos, e congêneres” e a “disponibilização, sem cessão definitiva, de conteúdos de áudio, vídeo, imagem e texto por meio da internet” (FGV, 2017).

O confronto dessas legislações poderá gerar conflito de competência e, por consequência, a bitributação, proibida no nosso ordenamento jurídico. Há uma grande controvérsia se a *Netflix* por ser alvo de ISSQN, pois esta espécie de imposto prevê sua aplicabilidade para serviços, e surge a discussão se assistir filme por streaming seria realmente uma obrigação de fazer ou uma obrigação de dar. Sendo uma obrigação de dar não haveria incidência do ISS, como ocorre com as videolocadoras. A súmula vinculante de número 31 dispõe que é inconstitucional a incidência do ISSQN sobre operações de locação de bens

móveis. Sendo o serviço de streaming uma cessão de dados, é possível compreender pela inconstitucionalidade da cobrança de ISSQN seja para *Netflix*, *Spotify* ou qualquer outro serviço dessa categoria, o que torna a possibilidade da Lei Complementar 157/2016 ser declarada inconstitucional pelo STF.

Com a Internet das coisas devido a sua inovação tecnológica acaba por não se encaixar nos moldes das legislações vigentes. Uma grande controvérsia sobre esse assunto veio da questão da tributação do monitoramento e rastreamento de cargas, no qual os Estados entendiam que tal modalidade seria uma prestação de serviço oneroso de comunicação, o que incidiria o ICMS, firmaram o convênio 139/2006. Porém os municípios entendem que esse serviço é de outra natureza e deve se submeter ao ISSQN.

É preciso tributar, não há dúvidas, pois o tributo tem sua função social e importância para a manutenção da nação, mas deve ser feito com cautela de forma a não onerar demais as novas tecnologias ao ponto de impedir seu progresso, ou não respeitar uma tributação justa.

O presente projeto de pesquisa aprovado pelo PROGRAMA INSTITUCIONAL DE BOLSAS DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA: XXX BIC/UFJF- 2017/2018, analisa as discussões acerca da tributação dessas novas tecnologias e contribui para a solução do problema, buscando maneiras de tributar de forma justa e razoável. Os objetivos específicos das pesquisas são: conhecer as novas tecnologias sujeitas à tributação; compreender o Sistema Tributário Brasileiro; identificar as compatibilidades e incompatibilidades das legislações brasileira a respeito de novas tecnologias.

No momento o projeto encontra-se no capítulo quatro o qual aborda sugestões de tributação de novas tecnologias. Sendo o trabalho dividido em cinco capítulos: Introdução; Conceito de novas Tecnologias; Tributação de novas tecnologias, Sugestões de tributação de novas tecnologias e conclusão. Pretende-se atingir os objetivos deste Projeto por meio de levantamento da legislação tributária, já que não há muitos livros especializados sobre a tributação tecnológica. Questões controvertidas tratadas pela doutrina e jurisprudência dos Tribunais brasileiros também serão abordadas, tendo em vista a complexidade da tributação das novas tecnologias. Depois verificar-se-á como a legislação brasileira vem tratando do tema, bem como para propor sugestões com o objetivo de modificá-la. Considerando-se os objetivos da investigação, esta pesquisa tem uma metodologia descritiva, documental, orientada pelo modelo crítico dialético.

Referências Bibliográficas

AMARO. Luciano. Direito Tributário Brasileiro. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

ÁVILA, Humberto. Sistema Constitucional Tributário. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BALEEIRO. Aliomar. Direito Tributário Brasileiro. (atualização de Misabel Abreu Machado Derzi). 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

CARLI. Ana Alice; MARTINS. Saadia Borba (organizadoras). Educação Ambiental: premissa inafastável ao desenvolvimento econômico sustentável. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

FALCÃO, Amílcar. Fato Gerador da Obrigação Tributária. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. FGV. Tributação da nuvem e de novas tecnologias: Disponível em: <<http://direitosp.fgv.br/noticia/fgv-direito-sp-inicia-pesquisa-sobre-tributacao-nuvem-de-novas-tecnologias>>. Acesso em: 29 abr. 2018.

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.

MARINS, James (coordenador). Tributação e Tecnologia. São Paulo: Juruá, 2002.

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

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

MELLO, Maria Chaves de. Dicionário Jurídico. São Paulo: Método, 2006.

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

_____. 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.

SANCHES, José Luís Saldanha Sanches. Justiça Fiscal. Portugal: Ensaio da Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2010.

SEIXAS FILHO, Aurélio Pitanga. Teoria e prática das isenções tributária. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

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.

_____. Normas de Interpretação e Integração do Direito Tributário. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário: Constituição Financeira, Sistema Tributário e Estado Fiscal. V.I. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

VASQUES, Sérgio. O princípio da equivalência como critério da igualdade tributária. Coimbra: Almedina, 2008.

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

25. CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS PARA A VIOLAÇÃO DO DEVER PARENTAL DE CONVIVÊNCIA: análise na perspectiva civil- constitucional

Kelly Cristine Baião Sampaio
Lara Rodrigues De Moraes
Luiza Dustan Ribeiro De Souza

Palavras-chave: Direito de Família. Constitucionalização da família. Família Democrática. Responsabilidade Civil. Relações de filiação. Abandono Afetivo.

Com o advento da Constituição Federal e em consonância com o discurso internacional sobre a tutela protetiva da criança e do adolescente (que inclusive resultou em acordos internacionais dos quais o Brasil foi signatário), o papel da criança e do adolescente, ou seja, da pessoa humana em desenvolvimento, teve maior atenção e protagonismo nas relações familiares.

Diante da necessidade de se consolidarem novos valores para as relações paterno-filiais e a primazia dos direitos da criança e do adolescente, dedicou a Constituição Federal capítulo sobre o Direito de Família ressaltando-se a significância de como são percebidas as relações e o novo papel da família e sua privilegiada influência nas relações de filiação. A Constituição de 1988 constitui-se em marco legislativo, traçando os princípios e valores a servirem de balizas para o marco teórico e o ponto de referência inicial para o presente estudo e sobre ele serão tecidas considerações a fim de embasar a subseqüente discussão sobre o abandono afetivo.

Sob a metodologia do direito civil constitucional dá-se enfoque ao artigo 227 da Constituição Federal, o qual determina novos valores dentro do ordenamento pátrio a exigirem mudança estrutural dos pensamentos jurídicos acerca das relações familiares e de filiação.

A consciência do papel da Constituição Federal como centro de reunificação das normas que integram o ordenamento jurídico, da qual a normativa infraconstitucional retira validade, exige que se interpretem os artigos do Código Civil referentes à filiação e poder familiar conforme os princípios e valores determinados constitucionalmente acerca da matéria.

Neste sentido, há que se verificar se a condição de filho, e, especificamente, se o dever de responsabilidade dos pais, está sendo exercido em consonância com a dignidade humana.

Não sendo mais o casamento a expressão máxima de segurança e proteção jurídica, conforme dispunha o ordenamento jurídico anterior à Constituição Federal o foco volta-se para as relações de filiação visto que, já que o propósito do casamento não é mais a utilidade social e patrimonial, mas sim a individual em busca de realizações pessoais dos sujeitos, deve-se agora proteger e salvaguardar os filhos.

Não só a filiação passa a ser o centro das relações familiares, como a estrutura dessas relações é drasticamente alterada. Passa-se a entender o menor como um indivíduo em formação, que merece a tutela para que possa ser quem deseja ser, e esse passa a ser o papel dos pais, não o de impor e restringir, mas o de incentivar, dialogar e respeitar, ou seja rejeitar uma educação moral reificadora e basear-se na pedagogia da negociação, do pleno desenvolvimento. Os pais passam a ser responsáveis pelos filhos, conjuntamente, tendo sempre em mente que aquele indivíduo menor, dependente daquele grupo familiar e se encontra em posição de vulnerabilidade perante a sociedade.

Neste sentido a família também passa a ser solidária, entre todos os seus membros, mas principalmente entre os pais, que devem dividir as responsabilidades para com os filhos juntos, sem sobrecarregar um ou outro, principalmente depois da inserção da mulher no mercado de trabalho, o que a tirou do ambiente do lar, do qual antes era exclusiva.

Superada conceituação introdutória do panorama jurídico por trás da questão do abandono afetivo passa-se a análise mais detida do instituto, com o objetivo de aprofundar as discussões sobre a temática para que se possa fazer uma aplicação cada vez mais consciente do mesmo. Análise esta fundada em estudos de bibliografia de estudos atuais sobre o tema e pesquisas jurisprudenciais buscando entender a aplicação do instituto e as fundamentações e divergências presentes em casos de abandono afetivo.

Faz-se interessante dizer inicialmente que, diferentemente das relações conjugais, que são pautadas pela autonomia e liberdade dos envolvidos, as relações de filiação são fundadas na solidariedade e na premissa de vulnerabilidade dos filhos perante a sociedade e perante os próprios pais, daí a necessidade de criar uma proteção normativa dos filhos em face de seus responsáveis.

Constitui o abandono afetivo a ausência de referência paterna ou materna, tanto do próprio pai ou mãe, quanto de figura substituta. É sabido que a falta de cuidado, de atenção, convivência, por parte do pai ou da mãe, acarretam problemas no desenvolvimento da criança ou do adolescente.

O abandono afetivo seria a negligência familiar, exige-se dos pais o dever de criação e educação, pautada na proteção, no amparo, na afeição, pois que interfere-se diretamente na personalidade do menor, e, por consequência, em sua integridade física e psíquica. A responsabilidade que norteia as relações entre pais e filhos deve ser valorada como um dever dos pais, inderrogável. E percebe-se que não se trata aqui de mensurar ou exigir amor, mas de mensurar e exigir o compromisso e comprometimento familiar com a criação do sujeito.

Não seria possível exigir amor, mas pode-se exigir presença, atenção, respeito e outras características que são atributos típicos das relações entre pais e filhos, nesse sentido, importante destacar que o descumprimento de dever jurídico oriundo do poder familiar torna possível o ensejo pela reparação civil.

A reparação civil é possível e necessária pois a leitura civil constitucional trouxe consigo também uma mudança no tratamento civil da questão familiar e, para os propósitos dessa análise, o foco será na responsabilidade civil e sua aplicação dentro do novo contexto familiar-filial.

A responsabilidade civil é aqui, não uma análise simplista e genérica de uma possível dor, sofrimento, humilhação, suportados pelo filho, afinal não há como conceituar juridicamente ou delimitar de forma estrutural o que seria uma dor, sofrimento ou humilhação suficiente para ensejar reparação. Estão em foco, como coloca Maria Celina Bodin de Moraes “os princípios jurídicos da igualdade, da integridade física e moral – psicofísica –, da liberdade e da solidariedade social ou familiar, que se encontram previstos na Constituição da República. Dano moral será, em consequência, a lesão, a violação, a algum desses aspectos ou substratos que compõem a dignidade humana.” (BODIN de MORAES, Maria Celina, “Danos Morais em Família? Conjugalidade, Parentalidade e Responsabilidade Civil.”, 2006). A responsabilidade civil então, se mostra como uma forma não de punir o causador da lesão, mas de indenizar o indivíduo lesado, buscando reparar o dano sofrido por ele.

Deste modo, o instituto da responsabilidade civil seria aplicado caso a caso, analisando o dano em concreto, de forma a atribuir especificidades às previsões genéricas que a legislação concedeu aos artigos 186 e 927, ambos do Código Civil, justamente para que os mesmos pudessem se adaptar e ajustar às situações sociais conforme elas fossem surgindo, visto que o judiciário tem mais facilidade e inserção nas alterações sociais e seus reflexos do que o legislativo.

Tendo sido estabelecida a viabilidade de aplicação de responsabilização civil em relações de família e, mais especificamente para caso de filiação, cabe dizer que, na realidade, o que se espera do ordenamento e que já vem sendo tentado é evitar que se chegue a tal ponto de ser necessária a imposição de reparação moral por abandono afetivo. A reparação é um

recurso que pode ser utilizado, mas o ideal seria a existência de alternativas para evitar o abandono, como já se vem discutindo a proposta de aplicação astreintes, impondo multas aos pais que desrespeitarem as regras de visitação, e até mesmo a controversa alteração legislativa que prevê, como regra, a obrigatoriedade da guarda compartilhada, para que seja garantido o acesso integral à criança e adolescente aos meios de se desenvolver de forma digna.

Novamente, não se trata de amor, mas sim de responsabilidade para com os filhos. E a jurisprudência já vem entendendo a aplicação de dano moral, com uma ressalva, que também vem sendo encontrada, de que a indenização deve ser proporcional a condição financeira do pai ou mãe negligente, mas vem entendendo por sua aplicação, e mais, muito se tem discutido e tem se entendido cada vez mais desta forma, de que o dano moral por abandono afetivo seria, como outros danos morais, *in re ipsa*, sendo laudos e comprovações outras possíveis, mas não necessariamente obrigatórias para a ação.

Outra ressalva é a de que, para que haja a possibilidade indenizatória, deve ter havido condições para o exercício do poder familiar e a escolha por não o fazer, então nos casos em que a um dos pais omite a informação da existência da criança (no caso, a mãe), cria empecilhos ou impede o acesso do outro ao filho, o pedido de indenização não deve ser direcionado ao pai (ou mãe) ausente, mas sim a quem deu causa a ausência.

Concluindo, percebe-se que a temática do abandono afetivo e tudo que está em seu entorno – responsabilização civil, quantum do dano, condições de sua aplicação, questões probatórias etc – ainda está bastante incipiente, possuindo grande relevância não só jurídica como também social, principalmente quando se leva em conta que no Brasil é “de 30%, anualmente, o número de crianças brasileiras cuja paternidade não consta do registro de nascimento, percentual este relevantíssimo, atribuído principalmente ao “sexismo” em vigor no país, o qual permite que os homens se eximam da responsabilidade de registrar e sustentar seus filhos” (BODIN de MORAES, Maria Celina, “Deveres Parentais e Responsabilidade Civil”, 2005).

Referências Bibliográficas

BODIN de MORAES, Maria Celina. A família democrática. Revista da Faculdade de Direito da UERJ, v. 13-14, p. 47-70, 200

_____. Danos à pessoa humana. Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais, Rio de Janeiro: Renovar, 2003

_____. Deveres Parentais e Responsabilidade Civil. Revista Brasileira de Direito de Família, Belo Horizonte, v. 31, p. 39-66, 2005.

_____. Danos Morais em Família? Conjugalidade, Parentalidade e Responsabilidade Civil. Revista Forense, v. 386, p. 183-201, 2006.

_____. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. Direito, Estado e Sociedade (Impresso), v. 29, p. 233-258, 2006.

_____. Do outro lado da rua. Editorial. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 1, n. 2, jul.-dez./2012.

_____. A nova família, de novo - Estruturas e função das famílias contemporâneas. Pensar (UNIFOR), v. 18, p. 587-628, 2013.

_____. Um ano histórico para o direito de família. Editorial à
Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 5, n. 2, 2016.

GARCIA, F. R.. O direito à reparação do dano moral nas relações pré-conjugais, conjugais e
paterno-filiais. Revista de Direito (Viçosa), v. 6, p. 85, 2014.

SAMPAIO, Kelly Cristine Baião. Consequências jurídicas da violação dos deveres conjugais à
luz do direito civil-constitucional. Tese de doutorado, UERJ, 2007.

PERLINGIERI, Pietro. Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional. Rio
de Janeiro: Renovar, 1997.

VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. A responsabilidade civil como instrumento de tutela e
efetividade dos direitos da pessoa. Civilistica.com - Revista Eletrônica de Direito Civil, v. a 5,
p. 01-23, 2016.

26. GUARDA COMPARTILHADA NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO: entre a tutela da personalidade da criança e do adolescente e concessão ao poder familiar.

Kelly Cristine Baião Sampaio
Lara Rodrigues De Moraes
Luiza Dustan Ribeiro De Souza

Palavras-chave: Direito de Família. Melhor interesse da criança e do adolescente. Guarda Compartilhada. Obrigatoriedade.

O advento da lei 13.580/14 que implementou o instituto da guarda compartilhada obrigatória no ordenamento jurídico brasileiro e inseriu o §2º no artigo 1584 do Código Civil, gerou inúmeras discussões doutrinárias a respeito da polêmica aplicação do instituto, notadamente nos casos em que não há acordo entre os pais quanto à guarda do filho. A regra passou a ser a guarda compartilhada em detrimento da guarda unilateral, quando ambos os pais estiverem aptos a exercer o poder familiar, ressalvado o caso em que um dos genitores declarar que não deseja a guarda do menor.

Decerto é que a instituição da guarda compartilhada obrigatória no ordenamento jurídico pátrio foi fruto de longas discussões doutrinárias e jurisprudenciais, em que se constatou o alto índice de alienação parental e abandono afetivo no seio da guarda unilateral e, sem dúvidas, objetivando-se com o instituto um avanço na busca pela proteção dos direitos da criança e do adolescente conferidos pela Constituição Federal de 1988, especificamente no que tange ao direito à convivência familiar, respeitando o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente e, portanto, sua proteção integral, ambos previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Não obstante tenha sido um avanço quanto à conscientização da coparticipação dos genitores na formação da identidade dos filhos, para a sua aplicação devemos considerar a complexidade e sensibilidade da entidade familiar, ressaltando que a guarda é consequência de ausência de vida em comum dos pais, sejam solteiros, ou em razão de divórcio, separação ou dissolução da união estável. As críticas ao instituto decorrem da hipótese litigiosa, exatamente por não mais subsistir uma concordância na convivência entre os cônjuges e companheiros e falta de diálogo, o que muitas vezes leva a um ambiente conflituoso e de difícil ou impossível comunicação e colaboração entre as partes. Em virtude disso, o estabelecimento obrigatório da guarda compartilhada nesses casos de dissenso entre os genitores, pode gerar, na prática, exatamente o contrário do que a norma objetiva alcançar.

A aplicação indiscriminada do instituto sem uma análise profunda de cada situação fática, como demanda a complexidade de cada entidade familiar existente e sua singularidade, pode deixar as crianças e adolescentes expostos a uma zona de conflito frequente entre os genitores e com riscos a uma alienação parental ainda mais grave e recorrente que aquela do instituto da guarda unilateral, uma vez que a lei obriga os genitores que se separaram (e aqui utilizo o significado de separação “lato sensu”) litigiosamente, a entrarem em frequentes acordos com relação à criação e desenvolvimento da criança ou adolescente.

Com o crescente receio de que o instituto da guarda compartilhada não esteja atingindo suas finalidades, mas sim gerando situações exatamente contrárias, de aumento da alienação parental, de prejuízos ao desenvolvimento físico e psíquico da criança ou adolescente, lesionando direitos constitucionais, tem-se a inquietação baseada na aparente aplicação jurisprudencial indiscriminada da regra. Há, inclusive, casos de genitores que moram em diferentes locais e a frequente confusão entre a guarda compartilhada e a guarda alternada.

Buscar-se-á realizar nesse estudo uma reflexão a respeito das possíveis consequências prático-teóricas da lei 13.580/14 e a provável necessidade de fixação de parâmetros para aplicação de uma guarda compartilhada hábil a atingir seus objetivos.

O presente estudo possui extrema relevância social e jurídica no sentido de que busca demonstrar os riscos da simples aplicação técnica das regras impostas pela lei no âmbito complexo do direito de família, e como essa tecnicidade pode não respeitar princípios básicos do ECA, corrompendo a própria finalidade da lei, além de prejudicar os menores vulneráveis que a Carta Magna priorizou proteger e garantir direitos. Como pessoas em desenvolvimento, é preciso zelo na tomada de decisões em que possam ser suscetíveis a graves problemas psicológicos e de desenvolvimento na medida em que a guarda compartilhada obrigatória os coloca em ambiente frequentemente conflituoso e degradante, uma vez que os pais raramente estão preparados para exercer sua corresponsabilidade parental nesse contexto.

Devemos refletir se a guarda compartilhada deve mesmo ser aplicada a qualquer caso como regra praticamente absoluta, afinal, de que nos serve garantir à criança e ao adolescente o convívio igualitário com ambos os genitores quando esse convívio é muito mais prejudicial do que aquele consagrado pela guarda unilateral através da fixação do direito de visita? É necessário manter em mente que na guarda unilateral não há destituição do poder familiar daquele genitor que não detém a guarda física do menor, ao contrário, os direitos e deveres de ambos os pais continuam os mesmos, no entanto, a guarda unilateral não exige a frequente comunicação, colaboração e concessões mútuas diárias entre os genitores, que são a principal fonte dos conflitos nessa conjuntura, sendo que até mesmo quando há casamento e união estável, ou seja, presumido consenso entre os genitores, é desafiador o acordo quanto à criação, educação e desenvolvimento do filho.

A metodologia empregada no presente estudo é a civil-constitucional, tomando-se por base análise bibliográfica de produções acadêmicas de estudiosos do Direito de Família, de obras doutrinárias especializadas no instituto da Guarda no ordenamento jurídico, além da pesquisa e análise jurisprudencial de diversos Tribunais pátrios a fim de entender como o instituto da guarda compartilhada tem sido aplicada e quais os parâmetros tem sido utilizados pelo Magistrado na fundamentação de suas decisões.

O marco teórico utilizado tem por arcabouço a análise doutrinária e jurisprudencial dos dispositivos da Constituição Federal de 1988, que instituíram os filhos como destinatários principais da prestação jurisdicional, que deve ser norteada pelo princípio do melhor interesse da criança e pelo princípio da proteção integral, de modo que a solução dos conflitos deve ser pautada pela busca da efetividade dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, deixando os menores de serem meros objetos das controvérsias judiciais para evoluírem ao status de pessoas titulares de direitos. Nesse sentido, a aplicação da guarda compartilhada deve ser efetivada com muita cautela, visto que essa sempre se subordina aos princípios do melhor interesse da criança e da proteção integral, de forma que deve sempre ser afastada quando outra espécie de guarda for mais saudável ao desenvolvimento do menor no caso concreto.

Referências Bibliográficas

VILELA, Renata; ALMEIDA, Vitor. Guarda compartilhada: entre o consenso e a imposição judicial. Comentários ao REsp 1.251.000/MG. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 1, n. 2, jul.-dez./2012. Disponível em: <<http://civilistica.com/guarda-compartilhada/>>. Data de acesso: 29 de abril de 2018.

MAFRA, Tereza Cristina Monteiro; MARX NETO, Edgard Audomar . GUARDA COMPARTILHADA: ENTRE O SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA E AS RESPONSABILIDADES PARENTAIS. In: Tereza Cristina Monteiro Mafra; Valéria Silva

Galdino Cardin; Luciana Costa Poli. (Org.). Direito de Família de Sucessões. 1ed. Florianópolis: Conpedi, 2015, v. 1, p. 382-398.

WAQUIM, Bruna Barbieri. Criminalizar a alienação parental é a melhor solução? Reflexões sobre o projeto de lei no 4488/2016. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 5, n. 2, 2016. Disponível em: <<http://civilistica.com/criminalizar-a-alienacao-parental/>>. Data de acesso: 29 de abril de 2018.

COSTA, Ana Paula Motta; PAIXÃO, Rodrigo Freitas. A Lei 13.058/2014 e a possibilidade de um dos genitores optar por não exercer a guarda compartilhada do filho frente ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 6, n. 1, 2017. Disponível em: <<http://civilistica.com/a-lei-e-a-possibilidade-de-um-dos-genitores/>>. Data de acesso: 29 de abril de 2018.

BODIN de MORAES, Maria Celina. A família democrática. Revista da Faculdade de Direito da UERJ, v. 13-14, p. 47-70, 2005.

27. ANÁLISE DA MUDANÇA DO VIÉS SOCIALISTA DA CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA DE 1976 A PARTIR DO TRATAMENTO AO DIREITO À SAÚDE

(Vinculado ao projeto de pesquisa Crise e Direitos Sociais: uma análise da jurisprudência da crise em Portugal, das bases normativas de tais decisões e seus impactos no cenário brasileiro de crise)

Waleska Marcy Rosa
Isadora Graça Da Costa
Kélvia Faria Ferreira

Palavras-chave: Direito à saúde. Socialismo. Reserva do Possível. Contexto sócio-econômico.

A atual Constituição Portuguesa entrou em vigor em 25 de abril de 1976, após a chamada Revolução dos Cravos de 1974 – movimento popular que derrubou o regime ditatorial de Antônio de Oliveira Salazar que perdurava desde 1933. A revolução promoveu transformações sociais em todo o país e deu ensejo à aprovação de uma Constituição com um viés socialista, contendo um vasto catálogo de direitos fundamentais, com ênfase especial nos direitos sociais, econômicos e culturais. Assim sendo, pode-se afirmar que o documento constitucional de 1976 é fortemente dirigente, com uma intensa programaticidade no domínio econômico e social – com uma vinculação explícita à meta socialista de governo.

Porém, a partir das sete revisões constitucionais feitas pelo Poder Legislativo nos anos de 1982, 1989, 1992, 1997, 2001, 2004 e 2005, alterou-se substancialmente a proteção dada a alguns direitos sociais, o que acarretou uma mudança no próprio viés do texto constitucional – que perdeu seu forte teor socialista. O presente estudo pretende dar enfoque à segunda revisão, realizada no ano de 1989, que ensejou uma grande alteração no tratamento do direito à saúde.

O direito à saúde, no artigo 64 da Carta Magna portuguesa, era positivado como gratuito, garantindo acesso universal à população portuguesa. Porém, a partir da referida revisão constitucional de 1989, a expressão utilizada na forma da lei passou a ser “tendencialmente gratuito”. A adição de uma palavra no artigo em questão acarretou, claro, uma mudança de grande magnitude no acesso ao direito social de saúde, na medida em que o mesmo deixou de ser garantido à toda população de forma gratuita. A partir dessa alteração, o direito em questão estaria refém do princípio da reserva do possível, que delimita de maneira decisiva os direitos sociais

Todo direito social depende de ações efetivas do Estado para a sua concretização – ponto em que diferem os direitos sociais dos direitos de liberdade. Para que o direito à educação, por exemplo, seja efetivado, é preciso que o governo faça investimentos (construa escolas, contrate professores, forneça material escolar) que significam um gasto de grande conjectura em meio às contas públicas. Assim, o poder público é de certa forma protegido pelo princípio da reserva do possível, que garante que a efetivação dos direitos sociais dependa da disponibilidade de recursos por parte da Administração Pública. É certo que a aplicação de tal princípio deve ser temperada, sempre com observação ao núcleo essencial dos direitos fundamentais, que não pode ser restringido.

De acordo com Jorge Reis Novais, os direitos sociais fundam-se agora não apenas no ideal de construção de uma sociedade superior, de índole socialista, mas num espectro cada vez mais alargado, que vai desde programa de realização de uma sociedade mais justa até o simples pragmatismo de uma racionalidade econômica utilitarista, mas também renovando controvérsia aos novos e difusos projetos alternativos emancipatórios desenvolvidos em nome das periferias excluídas da sociedade global. Ainda segundo o autor, na medida em que os direitos sociais se

orientam necessariamente para a exigência de uma atuação do Estado enquanto fornecedor de prestações fáticas de natureza econômica e social, se confrontam as diferentes concepções políticas e ideológicas sobre temas como as funções do Estado.

Dessa forma, pretende-se fazer uma análise da mudança na proteção do direito à saúde a partir da revisão constitucional, de maneira a avaliar seus respectivos motivos. Para isso, será feita a análise de atas de reuniões da Assembleia Constituinte (para a coleta das motivações existentes à época para que o direito à saúde fosse tratado como gratuito) bem como da Assembleia Legislativa da segunda revisão constitucional (para que sejam reconhecidos os argumentos utilizados para que o acesso ao direito à saúde fosse restringido de forma significativa).

Ademais, o presente estudo busca relacionar a alteração na proteção do direito social à saúde ao contexto socioeconômico e político pelo qual passava tanto Portugal quanto o resto do mundo. A data da segunda revisão constitucional, 1989, é emblemática, por fazer referência a um período em que os regimes socialistas estavam perdendo a força ao redor do mundo. Além disso, os anos 1980 foram marcados por crises econômicas em diversas partes do globo, incluindo o país português. É possível que os fatores econômicos e políticos tenham sido combinados para que os direitos sociais perdessem expressividade, por motivações ideológicas e financeiras (já que, como dito, os direitos sociais são condicionados à reserva do possível).

A referida análise se justifica pela fundamentalidade inerente ao direito à saúde. Toda democracia que busca garantir a dignidade de seus cidadãos deve prezar pela proteção e positivação dos direitos sociais – sobretudo direitos tão básicos como saúde e educação. Além disso, uma vez conferida a proteção, é necessário que ela se mantenha, não que diminua, uma vez que o princípio da proibição do retrocesso deve ser observado. Assim, é de grande importância perceber o que levou a Assembleia Legislativa Portuguesa a tomar tal medida.

Como resultados parciais da pesquisa, percebe-se que não há densidade de argumentos claros usados durante as reuniões dos parlamentares, sendo difícil identificar suas linhas de raciocínio. Mesmo assim, é possível comprovar a vivacidade do ideal socialista na Assembleia Constituinte, não havendo uma oposição com outros ideais definidos. Além disso, pode-se notar a preocupação econômica que passa a infiltrar-se no parlamento a partir das revisões constitucionais.

Referências Bibliográficas

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

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. Morte e vida da constituição dirigente. Rio de Janeiro, 2010.

28.O PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE NA REALIZAÇÃO DE CONCURSOS PÚBLICOS

Natália Sales De Oliveira
Matheus Prestes Tavares Duarte
Letícia Montebunhuli Pereira Fiorindo
Gabriela Dos Reis Talha Santos
Pedro Henrique Lemos Salles

Palavras-chave: Princípio da Publicidade, Concursos Públicos, Pós- Positivismo, Princípio da Proporcionalidade.

Este artigo pretende analisar o princípio da publicidade, principalmente quando relacionado à temática dos concursos públicos, cuja realização está condicionada aos ditames de um edital. Sob a óptica do Pós-Positivismo e as diversas mudanças que esse novo sistema trouxe consigo, busca-se demonstrar a normatividade dos princípios, evidenciando que, por serem passíveis de ponderação, tais normas podem sofrer mitigações a depender das circunstâncias do caso em concreto, o que será constatado mediante aplicação do princípio da proporcionalidade.

Introdução

Vigora, atualmente, sob o prisma do Pós-Positivismo, nova teoria no tocante à normatividade principiológica preconizada por expoentes como Ronald Dworkin, a qual é tomada como referencial teórico dessa pesquisa, o entendimento de que, com o advento do Estado Social, o Direito Administrativo deve ser disciplinado de acordo com as disposições do documento jurídico-normativo máximo de nosso ordenamento, que não mais apresenta apenas funções organizacionais e estruturais, detendo, também, força normativa, o que reafirma a supremacia constitucional, afastando a regulação das tarefas administrativas que se dava exclusivamente de forma infraconstitucional, como ocorreu no Estado de Direito inicialmente concebido, de cunho liberal, o qual, embora tenha surgido com uma roupagem democrática, em seus primeiros momentos, continuou sendo um Estado autoritário, desigual, opressor e marcado por arbitrariedades, valendo-se do uso da violência institucionalizada para atingir aos fins a que se propunha.

Nesses termos, ao se reconhecer a vinculatividade dos princípios, que passam, juntamente com as regras, a compor o regime jurídico publicístico – conjunto de normas que regem as atividades do Estado e, por conseguinte, regem o exercício da função administrativa –, tem-se como escopo deste artigo a realização de uma análise acerca da problemática que se manifesta na decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em 23 de Novembro de 2011, que diz respeito ao Mandado de Segurança 26.294/ Distrito Federal, cujo relator foi o Ministro Ricardo Lewandowisk. Tal resolução descreve o teor referente à transgressão ao princípio da publicidade no contexto de realização de concursos públicos.

Diante disso, a metodologia empregada pela pesquisa em questão é a indutiva, isto é, que parte do particular para o geral, acarretando, assim, discussão da decisão particular supracitada para que, assim, seja possível colher dados e informações que possibilitem a realização de uma discussão mais genérica e abstrata em relação ao problema já demonstrado.

Assim, o artigo a ser elaborado propõe uma série de objetivos, dentre os quais se levantam o geral, que consiste em responder à problemática aludida e os específicos, que se dividem em realizar um aprofundamento do referencial teórico adotado, uma revisão da literatura e análise de outras decisões e julgados relativos a mesma temática.

Ao atingi-los, a pesquisa demonstrará sua importância social à medida que a discussão sobre o princípio da publicidade a ser realizada neste artigo evidenciará a relevância que esse detém dentro do regime jurídico publicístico, devendo vincular não apenas a atuação dos administradores, mas também dos destinatários da ação estatal.

Metodologia

Para compreendermos, com clareza, o teor do Mandado de Segurança 26.294/DF de 23/11/2011, nos valeremos, ainda, da observância do princípio da Publicidade e de sua respectiva vinculatividade. Nesses termos, a Administração Pública deve exercer as funções das quais é incumbida tomando, sempre, como parâmetros balizadores os princípios constitucionais previstos em nosso ordenamento jurídico.

O Princípio da Publicidade é essencial quando se está inserido em uma democracia, baseando-se no ideal de que o poder é inerente ao povo, razão pela qual deve ser exercido em nome deste. Esse dever é atribuído à Administração, que deve atentar, inclusive, para o estabelecimento dos parâmetros alusivos ao concurso público para a devida disposição desses em seus respectivos editais, que são entendidos como “lei do concurso”, vinculando a Administração Pública e os candidatos interessados, haja vista que uma possíveis modificações posteriores podem vir a ofender princípios como o da segurança jurídica, o da impessoalidade e o da moralidade.

Em seguida, atentaremos para a revisão de literatura relativa ao princípio em questão, valendo-se de pesquisa doutrinária que não se esgota em si mesma, já que o Direito apresenta uma pluralidade de fontes, razão pela qual serão realizadas, também, exames acerca da jurisprudência e da legislação vigente, afim de que, assim, possa-se verificar como os Tribunais têm decidido e se posicionado acerca da temática aludida.

Primeiramente, a revisão se direcionará ao Princípio da Publicidade, a partir da exploração do marco teórico da pesquisa, o Pós-Positivismo, cujo representante aludido fora Ronald Dworkin, destacando-se sua obra “Levando os Direitos a Sério”, de 1977, em que é preconizado o ideal de que os argumentos jurídicos mostram-se adequados à medida que repousam em uma melhor interpretação moral do ethos da comunidade política em que se está inserido, comunidade esta que deve ser balizada pela igualdade, enquanto condição sine qua non e norma de caráter principiológico, valendo ressaltar, também, por conseguinte, a teoria dos princípios, desenvolvida pelo jurista alemão Robert Alexy, em sua obra “Teoria dos Direitos Fundamentais”, de 1985. Assim, após levantamento dessas principais teorias relativas ao tema discutido, passa-se a analisar a opinião de alguns autores do Direito Administrativo, recorrendo-se às palavras de Marçal Justen Filho e Luciana Gaspar Melquiades Duarte.

Posteriormente, nos direcionaremos à revisão jurisprudencial sobre o mesmo princípio, agora no contexto de realização de concursos públicos, visando demonstrar como um dos Tribunais de maior repercussão dentro de nosso país, o Superior Tribunal de Justiça, tem se posicionado acerca da temática da publicidade nos concursos públicos, nos últimos cinco anos. Diante disso, selecionaremos dois julgados que tratam dessa temática, sendo eles: o Processo RMS 37910 RN 2012/0097097-1; Órgão Julgador: T2 - SEGUNDA TURMA; Publicação: DJe 26/04/2013; Julgamento: 16 de Abril de 2013; Relator: Ministro CASTRO MEIRA e o Processo: AgRg no RMS 48793 / MG AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA 2015/0168719-0; Relator: Ministro OG FERNANDES (1139); Órgão Julgador: T2 - SEGUNDA TURMA; Data do Julgamento: 08/09/2015; Data da Publicação/Fonte: DJe 18/09/2015.

Por último, faremos uma análise da legislação que versa sobre os concursos e do Princípio da Publicidade. À nossa realidade, o legislador constituinte fez constar no corpo da Constituição Federal de 1988, a exigência de aprovação em concurso público para investidura

em cargo ou emprego público. O artigo 37 dispõe que: I – os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei; II – a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

Não se pode falar, portanto, em concurso público sem abordar o princípio da publicidade, norteador de toda investidura em cargo público, obrigando tanto a Administração, quanto os candidatos à sua estrita observância, já que os certames devem ser permeados pelas noções de igualdade, de transparência e de impessoalidade, tendo em vista que interessam não apenas àqueles que prestam o concurso propriamente dito, mas, também, à sociedade como um todo, já que os eventuais aprovados prestarão serviços que interessam à coletividade em geral, razão pela qual este trabalho encontra sua justificativa.

Conclusão

A partir dos dados, entendimentos, concepções doutrinárias, revisão de literatura, de jurisprudência e de legislação e dos argumentos por esse artigo levantados, conclui-se que, em um Estado Democrático de Direito, a Administração Pública deve dirigir todas as suas ações para que o Interesse Público seja alcançado, não sendo mais este aquele pertencente a uma fórmula vaga e imprecisa como no contexto Positivista, mas aquele que se consubstanciou na promoção dos direitos fundamentais, que ocupam a cúspide normativa de nosso ordenamento jurídico.

Todavia, a persecução dos direitos e garantias fundamentais não é tarefa simples, pelo contrário, é um árduo expediente, que, de acordo com Dworkin, demanda seriedade por parte dos aplicadores do Direito, já que, em diversas ocasiões, pode-se perceber uma colisão entre eles, dada a natureza colidente dos princípios, de modo que apenas uma ponderação proporcional e razoável do caso concreto é capaz de garantir uma solução justa e adequada. Vale ressaltar, ainda, nesse sentido, que, em nome da regra da juridicidade, que não se esgota no princípio da legalidade, os atos administrativos não devem se compatibilizar apenas à lei em seu sentido estrito, mas ao ordenamento jurídico como um todo, sistematizado e coeso.

Referências Bibliográficas

DWORKIN, Ronald. “Levando os Direitos a Sério”. Trad. Luís Carlos Borges. 2a ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio, São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. Direito Administrativo Descomplicado. 24a Ed.: São Paulo: MÉTODO, 2016.

BOBBIO, Norberto. “O Positivismo Jurídico” – Lições de Filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 2006.

TAVARES, André Ramos. Elementos para uma Teoria Geral dos Princípios na perspectiva constitucional. In: LEITE, George Salomão (org.) Dos princípios constitucionais: Considerações em torno das normas principiologicas da Constituição. São Paulo: Malheiros, 2003.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. O Espírito das Leis. 7a ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 6a ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

FILHO, Marçal Justen. Curso de Direito Administrativo. 12a. Ed. São Paulo: Afiliada, 2016.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 14a Ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional - a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Gilmar Ferreira Mendes (trad.). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

Constitucionalismo e Democracia. Trad. Emílio Peluso Neder Meyer. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/44585350/Ronald-Dworkin-Constitucionalismo-E-Democracia>> Acesso 22 mar. 2011. Publicado originalmente no European Journal of Philosophy, no 3:1, p. 2-11, em 1995.

BRASIL. Processo n. 2016/0043790-0-Recurso/ Mandado de Segurança - 04/08/2016 do STJ. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/369689290/andamento-do-processo-n-2016-0043790-0-recurso-mandado-de-seguranca-04-08-2016-do-stj?ref=topic_feed>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça STJ - RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA : RMS 37910 RN 2012/0097097-1. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23318859/recurso-ordinario-em-mandado-de-seguranca-rms-37910-rn-2012-0097097-1-stj>>.

BRASIL. Constituição, 1988. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades. Revisitando o Regime Jurídico de Direito Público. Disponível em: <<https://www.yumpu.com/pt/document/view/12789060/revisitando-o-regime-juridico-de-direito-publico-prefeitura-de-juiz-/22>>.

FONTOURA, João Fábio Silva da. HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL E PÓS-POSITIVISMO: NOTAS SOBRE A METÓDICA ESTRUTURANTE E SOBRE A TÉCNICA DA PONDERAÇÃO. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista3/joinville.pdf>>.

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. Revista de Direito Constitucional, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 23, abr./jun. 1998, p. 65. Disponível em:

< <http://www.revistasrtonline.com.br/portalrt/template.htm?view=main>>. Acesso em: 26 maio 2010.

29.O PRINCÍPIO DA AUTOEXECUTORIEDADE SOB A ÉGIDE DO PÓS-POSITIVISMO JURÍDICO

Natália Sales De Oliveira
Amanda Maria Martins
Ana Luísa Macêdo Carvalho
Gabriela Dos Reis Talha Santos
Josirene Aparecida Martins Dos Santos
Letícia Montebunhuli Pereira Fiorindo
Matheus Prestes Tavares Duarte
Pedro Henrique Lemos Salles
Yasmin Oliveira Dutra

Palavras-chave: Pós-positivismo, Administração Pública, Princípios, Autoexecutoriedade, Proporcionalidade.

Introdução

Partindo da Teoria da Argumentação Jurídica, este trabalho visa analisar o princípio da autoexecutoriedade, averiguando sua aplicabilidade, a partir do pós-positivismo, nas decisões do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT), no que se refere ao ato administrativo de caráter demolitório, para constatar se haveria a tendência em decidir tal mérito vislumbrando a proporcionalidade enquanto meio de aferição de razoabilidade.

Em que pese tal proposição, não houve pretensão de exaurir a jurisprudência do TJDFT, pois, dados os poucos casos abordados, não há como este recorte representar abrangentemente seu posicionamento. Pelo contrário, a intenção se limitou a vislumbrar uma possível tendência de adoção do método da proporcionalidade.

A exposição do princípio da autoexecutoriedade e a opção pela proporcionalidade como solução para colisões que o contemplem são feitas devido ao ato administrativo, autoexecutável pela Administração Pública, pressupor um risco de infringir o alcance do direito fundamental mais relevante no caso concreto, e, portanto, usurpar o fim último da referida atuação Estatal: a concretização do interesse público.

Propõe-se tomar um caso base para, através de método indutivo, chegar a conclusões passíveis de generalização, observando se a prática forense acompanha a defendida interpretação, se a perspectiva através da qual decidiu-se no caso marco seria reiterada e se averigua-se uma tendência de decisão.

Empreendeu-se análise qualitativa de jurisprudência colhida no site eletrônico oficial do TJDFT. Buscaram-se jurisprudências que tratam de ações de demolição e remoção contra famílias que construíram em terras da administração pública. Para fins de pesquisa, foram utilizadas as seguintes palavras-chave: autoexecutoriedade, demolição e proporcionalidade.

O caso base foi o acórdão nº 927764; também utilizaram-se, para comparação, os agravos de instrumento nº 2016 00 2 035147-4 e nº 0708687 -60.2017.8.07.0000 e os acórdãos nº 956252 e nº 1057334.

Desenvolvimento

A regulação do agir humano através de normas jurídicas resulta de processos específicos da sociedade, sendo possível apreender os valores considerados primordiais, conforme o contexto posto. Assim, incorre a Teoria da Argumentação Jurídica de Robert Alexy, segundo a

qual há dois tipos de normas jurídicas: regras e princípios. As regras compreendem normas mais precisas, delimitadoras das condutas facultadas, proibidas ou obrigatórias, cuja flexibilidade é mínima, podendo limitar a plena satisfação dos valores consagrados pelo direito. São entendidas como comandos definitivos, que devem ser implementados integralmente, consistindo na densificação do conteúdo princípios dos quais extraem sua racionalidade.

Já os princípios são mandados de otimização, dotados de grande generalidade, abstração e conteúdo axiológico, aplicados conforme as possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto.

Assim, em eventuais colisões, aplica-se o princípio da proporcionalidade para averiguar qual deles deverá prevalecer em cada caso - há sopesamento que não implica na ausência de normatividade do princípio superado -, através dos subníveis da adequação - aptidão das medidas adotadas a alcançar os objetivos pretendidos -, necessidade - inexistência de meio menos gravoso do qual emanariam os mesmos resultados, aqueles objetivos pretendidos - e ponderação em sentido estrito - os benefícios decorrentes do princípio preponderantes não devem ser menores que os malefícios acarretados pela supressão do princípio assoberbado.

O regime jurídico implica no aglomerado normativo, composto de regras e princípios, capaz de condicionar e determinar o exercício das atividades estatais, regulando poderes, deveres e prerrogativas vinculados diretamente à supremacia e à indisponibilidade dos direitos fundamentais. A opção pelo Estado de Direito consiste na submissão do poder estatal ao Direito, para viabilizar seu controle, e então, salvaguardar preceitos como isonomia e segurança jurídica. Remete-se, assim, à razão de ser do próprio Estado, fazendo valer, de fato, a supremacia do interesse público, que, com base no neoconstitucionalismo, só pode ser traduzida como a efetivação dos direitos e garantias fundamentais.

Visando a máxima satisfação das necessidades coletivas, pauta-se o princípio da autoexecutoriedade. Este implica a possibilidade da Administração Pública realizar atos administrativos, para obter a satisfação de um direito ou solucionar um litígio, sem a autorização do Poder Judiciário, de modo a se alcançar os atos materiais para se obter o bem da vida almejado – tendo como circunstância justificadora a emergência.

No entanto, por mais que a autoexecutoriedade atue como recurso à efetivação da exigência constitucional pela eficiência, em busca da efetivação de direitos fundamentais que seriam subjugados sem essa atuação imediata, a eficiência não deve ser esvaziada. Deve-se considerar então um panorama mais amplo que tangencie os direitos fundamentais negligenciados justamente por essa ação. Além do respeito aos princípios processuais, tais como o contraditório e a ampla defesa. Sendo essencial identificar, no caso concreto, o bem jurídico tutelado, de modo a explicar minuciosamente os motivos que ensejaram o uso da força.

Parte-se da análise comparativa de decisões de ações em grau de recurso realizadas pelo TJDF, identificando, principalmente, os argumentos que foram utilizados nestes julgados, averiguando o grau de ligação dos mesmos com a Teoria da Argumentação Jurídica de Alexy.

Tanto no segundo quanto no terceiro casos analisados, referentes, respectivamente, aos acórdãos nº 927764 e nº 956252, sucumbiu, assim como no caso utilizado como parâmetro - acórdão 927764 -, o ato demolitório da Agência de Fiscalização do Distrito Federal e Territórios (AGEFIS). A justificativa para ambos foi a mesma: os ocupantes estavam assentados há mais de dez anos, não havendo, em virtude disso, urgência necessária para dar prosseguimento à demolição das residências.

Do ponto de vista teórico, trata-se de colisão dos princípios autoexecutoriedade e razoabilidade nos três casos, sendo necessário sopesar qual prevaleceria, por meio da proporcionalidade. Faticamente, no primeiro subnível - adequação -, verifica-se que os atos demolitórios da AGEFIS eram sim adequados, pois as construções em questão foram erguidas em terrenos públicos, irregulares para a construção privada. Contudo, já no segundo subnível a necessidade não é verificada. Isso porque os ocupantes estavam assentados na área há anos,

inobservando-se a emergência. Foi nesse sentido a decisão do TJDFT. Ressaltou-se, também, a violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa, dada a ausência de ato intimatório.

Nas duas últimas análises, contudo, a decisão foi favorável à AGEFIS. No terceiro caso, do acórdão nº 1057334/TJDFT, a ocupação de longa data não foi argumento considerado plausível. Considerou-se, simplesmente, a capacidade da Administração Pública de editar atos autoexecutórios, dado o seu poder de polícia, observando-se apenas a legalidade de posse. Não foi realizada a sobredita proporcionalidade, dada a desarrazoabilidade da medida, ao considerar a reivindicação da posse pelo Poder Público, após quinze anos de ocupação. Dessa forma, não foi sopesada a incidência dos princípios no caso concreto.

Já no último caso (Acórdão nº 1057334/ TJDFT), o que estava em questão era a ausência de legitimidade da AGEFIS, por se tratar de área particular inserida na área de preservação ambiental. Novamente, não foi realizada a devida análise de proporcionalidade. Há de chamar atenção, porém, ao fato da relatora ter destacado o posicionamento da corte no sentido de observar o decorrer do tempo como justificativa para a aplicação ou não do referido poder de polícia, tendo em vista o direito social à moradia e a função social da propriedade.

Nesse sentido, compreende-se que, ainda que não decida conforme uma análise completa da proporcionalidade, o posicionamento do tribunal atua com base num juízo de necessidade decorrente do fator temporal, fato que, de algum modo, demonstra preocupação com os demais direitos e garantias fundamentais em jogo nos casos em tela.

Conclusão

Tendo em vista o impacto do princípio da autoexecutoriedade na vida dos sujeitos, acreditou-se que analisar sua aplicação é imprescindível para compreender como regras e princípios são abordados para além da teoria, acarretando maiores níveis de segurança jurídica – fundamento do Estado Democrático de Direito -, por estabelecer uma referência do mérito na seara judicial.

Apesar da defendida essencialidade de analisar a adequação, a necessidade e a benesse da incidência de atos executórios, para fins de justificá-la, observou-se na jurisprudência analisada a impossibilidade de tomar a adoção da proporcionalidade, em sua totalidade, enquanto tendência de justificação pelo TJDFT.

Assim, constatou-se que a proporcionalidade não configura base comum para justificar o emprego da autoexecutoriedade, não sendo também aplicada explícita e completamente. Todavia, seria equivocados desconsiderar que, nalguma medida, como ocorreu no caso parâmetro, houve a abordagem total desse mecanismo considerando todas suas implicações. Não sendo isto a regra, conclui-se que o uso proporcionalidade no contexto da autoexecutoriedade não apresenta uma uniformização.

Insta destacar também que a maioria das decisões foram favoráveis àqueles em face dos quais a Administração Pública agiu, ainda que partindo de um juízo restrito à necessidade. Logo, mesmo que a proporcionalidade não seja marco central, tendência, nesse recorte, em geral seus subprincípios, principalmente o da necessidade, foram utilizados e sopesados para formular as decisões.

Em suma, crê-se que a análise cumpriu seu papel na tentativa tanto de identificar se há, no juízo, uniformidade de aplicação de critérios e princípios, quanto de compreender a aplicação prática da Teoria da Argumentação Jurídica. Acredita-se também no êxito em conferir base a futuras pesquisas mais minuciosas das decisões.

Referências Bibliográficas

ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação jurídica. A teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Zilda Hutchinson Schild Silva (trad.). São Paulo: Landy, 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 6ª ed. Lisboa: Almedina, 2002.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: O atual paradigma jusfilosófico constitucional. Revista Brasília a. 48 n. 189 jan./mar. 2011.

TOLEDO, Cláudia. Direito adquirido e Estado Democrático de Direito. São Paulo: Landy, 2003.

DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades. CALEGARI, Priscila de Oliveira. MARTINS, Mariana Colucci Goulart Martins. O direito administrativo sob a égide do pós-positivismo. Revista do Direito Público, Londrina, v. 12, n. 2, p. 183-215, ago. 2017.

30. DEMOCRATIZAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA E EFETIVAÇÃO DE DIREITOS

(Refere-se ao projeto de extensão “Direitos Humanos e reconhecimento de paternidade”, da Universidade Federal de Juiz de Fora, Campus de Governador Valadares)

Rosana Ribeiro Felisberto
Otávio Lopes de Souza

Palavras-chave: projetos de extensão; acesso à justiça; efetivação de direitos

Nos últimos anos, a doutrina brasileira tem entendido que o acesso à justiça não se restringe tão somente ao acesso ao Poder Judiciário, na medida em que também há formas de pleitear soluções adequadas, tempestivas e efetivas por vias extrajudiciais. Em face de sua positivação no art. 5º, caput (igualdade processual), incisos XXXV (inafastabilidade do poder judiciário) e XXXVI (amparo do Estado à coisa julgada), dentre outros dispositivos, o acesso à justiça é considerado pela legislação constitucional como um direito fundamental. Entretanto, sabe-se que, normalmente, eles não conseguem se efetivar materialmente, sobretudo para os cidadãos mais pobres, por uma série de motivos, como o fato de a justiça brasileira possuir, na grande maioria das vezes, linguagem inacessível, ser proporcionalmente cara e ter excessos de burocracias, positivismos e legalismos. Sem dúvidas, isso potencializa a utilização de métodos de solução consensual de conflitos, tornando-se essas ótimas alternativas em face à realidade na qual o Poder Judiciário brasileiro se encontra atualmente (SOUSA SANTOS, 2011).

De acordo com Sousa Santos, a revolução democrática da justiça “exige a criação de uma outra cultura de consulta jurídica e de assistência e patrocínio judiciário” (SOUSA SANTOS, 2011, 32). Para tanto, o referido autor entende ser necessário contar, dentre outras coisas, com a efetiva contribuição de defensorias públicas federais e estaduais, advocacia popular e assessorias jurídicas universitárias populares. Especificamente com relação a estas, tem-se que podem se desenvolver nas Faculdades de Direito por meio dos escritórios-escola e prestação de assessorias jurídicas gratuitas. Consequentemente, sabe-se que projetos de extensão relacionados ao tema tendem a contribuir bastante para a promoção do acesso à justiça de grupos social e economicamente vulneráveis (SOUSA SANTOS, 2011).

Um exemplo disso consiste no projeto de extensão Direitos Humanos e Reconhecimento de Paternidade (DHRP), alocado no campus avançado da Universidade Federal de Juiz de Fora. Este tem por escopo permitir o acesso à justiça gratuita da população mais carente de Governador Valadares e municípios limítrofes, no intuito de efetivar direitos fundamentais de filiação e vinculação familiar dos atendidos. No último levantamento realizado pela equipe do projeto, apurou-se o atendimento de 120 casos, distribuídos da seguinte forma: 45 extrajudiciais, 21 judiciais, 22 de pais falecidos, 16 de afetividade, 03 de negatória de paternidade, 01 misto (pai vivo e pai falecido), 04 de pais imigrantes, 02 de dupla paternidade e 06 em acompanhamento processual – nestes dados, foram desconsiderados os relativos aos atendimentos que não se prosseguiram com o andamento do processo por motivos externos e alheios ao projeto.

Muito provavelmente, todos os assistidos que obtiveram êxitos em suas demandas judiciais teriam enfrentado muito mais obstáculos para resolver seus litígios do que enfrentaram tendo acesso ao trabalho realizado pelo DHRP. Esta assertiva se estabelece na medida em que os docentes e discentes fornecem o acesso à justiça de modo gratuito em casos de declarações de pobreza. Rompe-se, assim, com um dos maiores empecilhos enfrentados pelo seu público

alvo, que “reside na falta de condições econômico-financeiras da maior parte da população para custear as despesas com a movimentação da máquina judiciária, restringindo seu acesso aos órgãos jurisdicionais, o que ocorre não apenas para o ingresso em juízo, mas especialmente durante o desenvolvimento dos atos do procedimento, desestimulando-a a buscar remédio para os problemas jurídicos que a aflige” (PAROSKI, 2006, 235). Já com relação aos demais problemas ora mencionados (linguagem rebuscada, excesso de burocracia, positivismo legalismos), cita-se que estes são minorados, dentro do possível, pela própria equipe do projeto, naturalmente mais acostumada com a estrutura deficitária do sistema judiciário brasileiro nesse sentido.

Além disso, posiciona-se favoravelmente ao art. 3º, §3º, do NCPC, que prescreve a importância de estímulos aos métodos de solução consensual de conflito, inclusive durante o curso dos processos, de preferência com auxílio de mediadores e conciliadores judiciais. Este posicionamento se justifica mediante à morosidade sistêmica, entendida por Sousa Santos como aquela que diz respeito principalmente à sobrecarga quantitativa do sistema judiciário, tornando-o naturalmente lento, sem que isso signifique, frequentemente, uma forma de buscar a promoção da qualidade de justiça, também definida por aquele autor como “justiça cidadã”, por intermédio da não-celeridade processual (SOUSA SANTOS, 2011). Por conseguinte, torna-se evidente que esses meios “podem contribuir decisivamente para a diminuição do excesso de demandas, em benefício do universo da população, tornando mais célere e efetiva a prestação jurisdicional” (PAROSKI, 2006, 234).

No caso daquele projeto de extensão, tem-se o reconhecimento de paternidade como sua principal causa, a qual pode ser facilmente resolvida por via extrajudicial com auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento, nos termos do art. 694, do NCPC. Em regra, caso o réu realmente seja pai e queira reconhecer voluntariamente seu/sua descendente, deve-se priorizar pela efetivação da mediação ou conciliação. Caso contrário, será decretado, via judicial, o pedido de investigação de paternidade, consumado neste caso por meio do exame de DNA. Por conseguinte, todos os envolvidos passam a enfrentar desgastes frequentemente desnecessários. Esses têm a ver tanto com a morosidade sistêmica, explicada anteriormente, quanto com a morosidade ativa, que tem relação direta com a protelação de análise e decisão pelos próprios operadores do sistema judicial, sendo que ambas poderiam ter sido evitadas ou dirimidas se as pretensões resistidas tivessem sido resolvidas já nas audiências de autocomposição, as quais são devidamente estimuladas pelo DHRP (SOUSA SANTOS, 2011).

Para finalizar, reforça-se que as assessorias jurídicas prestadas pelas Faculdades de Direito do país por meio de projetos de extensão têm grande importância no que tange ao acesso à justiça. Mais especificamente no que diz respeito ao DHRP, menciona-se que, ao ingressar em juízo pleiteando reconhecimento de paternidade, normalmente também são pleiteados outros direitos/situações que possam dele decorrer, como no caso de pensão alimentícia e regulamentação sobre visitas, o que também reforça o acesso à justiça e a efetivação de direitos. Em larga medida, trata-se de uma forma que as Faculdades de Direito têm para se permearem de demandas sociais e, a partir disso, buscarem viabilizá-las materialmente. Necessita-se, pois, de substituir a cultura técnico-dominante por uma cultura técnico-democrática, “em que a competência técnica e independência judicial estejam ao serviço dos imperativos constitucionais de construção de uma sociedade mais democrática e mais justa” (SOUSA SANTOS, 2011, 58). E isso implica em revolucioná-las. Por óbvio, a realização de projetos de extensão, como DHRP, contribui para a promoção dessas revoluções na medida em que se preocupam com a formação de discentes comprometidos com as questões sociais, além de garantir a sua perpetuidade em docentes e TAES envolvidos direta ou indiretamente na construção e continuidade desses projetos.

Referências Bibliográficas

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Lívia Céspedes e Juliana Nicoletti. 51. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. 456 p. (Coleção Saraiva de Legislação).

BRASIL. Novo Código de Processo Civil (2015). Lei n. 13.105: promulgada em 16 de março de 2015. Pesquisa e preparação do original: Luisa Souto. 3. ed. Brasília: Edições Câmara, 2017. 296 p.

PAROSKI, Mauro Vasni. Do direito fundamental de acesso à justiça. *Scientia Iuris*, [s.l.], v. 10, p.225-242, 15 dez. 2006. Universidade Estadual de Londrina. <http://dx.doi.org/10.5433/2178-8189.2006v10n0p225>.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. Para uma revolução democrática da justiça. 2011. 3ª edição revista e ampliada. Disponível em: http://sociological.dominiotemporario.com/doc/REVOLUCAO_DEMOCRATICA_JUSTICA.pdf. Acesso em: 30 abr. 2018.

31. AUTOTUTELA ADMINISTRATIVA: revisitando o instituto sob os influxos do pós-positivismo e do neoconstitucionalismo

Luciana Gaspar Melquiades Duarte
Icaro Cesar Moreira Motta

Palavras-chave: pós-positivismo, neoconstitucionalismo, regime jurídico publicístico, autotutela administrativa, inovação

A presente pesquisa teve por escopo a adequação epistemológica do conteúdo jurídico da autotutela administrativa aos influxos teóricos e normativos trazidos pelo Pós-positivismo jurídico e pelo Neoconstitucionalismo. A primeira corrente mencionada refletiu, no mundo do Direito, a perplexidade advinda dos horrores ocorridos sob a égide do Positivismo nos palcos nazifascistas. Face a um esquema formalista de identificação da juridicidade, vazio de conteúdo ético, foi de ensejo promover-se a reconciliação das fórmulas de estruturação jurídica com conteúdos mínimos de Moral, condensados nos valores da comunidade política. Ademais, a referida escola trouxe novas declinações para a teoria da norma e para a argumentação jurídica, aprimorando o espectro metodológico da Ciência do Direito. O Neoconstitucionalismo, de seu turno, trouxe à lume a plena normatividade do texto constitucional e, mais além, a sua aplicabilidade imediata nas situações da vida, passando a vigorar uma reserva vertical de constituição, em lugar da anterior reserva vertical de lei, que consubstanciava, até então, a organização teórica da submissão do Estado-administração ao Direito.

Tendo em consideração esses pressupostos teóricos e positivos, o caminho percorrido foi de, justamente, promover a releitura da construção discursiva da autotutela administrativa, sob essa ótica. Tal não se fez, porém, sem que antes houvesse um comprometido rastreamento do patrimônio de literatura jurídica incidente. Nesse sentido, foram identificadas, na definição da autotutela, uma corrente mais abrangente – (ENTERRIA, 2015); (SIERRA, 2006) –, uma intermédia (CRETELLA JÚNIOR, 1972) e uma mais restritiva – (ALEXANDRINO, 2006); (JUSTEN FILHO, 2012); (MELLO, 2009); (CARVALHO FILHO, 2013); (OLIVEIRA, 2015). A primeira consiste na tratativa da autotutela como uma marca posicional da administração em relação aos tribunais, fazendo parte de seu plexo todas as possibilidades de iniciativa do Estado-administração fora da tutela dos juízes, notadamente aquelas de caráter executivo, estando encartado nessa esfera o conteúdo também da chamada autoexecutoriedade; a segunda, de seu turno, limita a autotutela à possibilidade de anulação e revogação dos atos administrativos e à polícia administrativa sobre os bens públicos. Já a última, restringe propriamente o conteúdo da autotutela ao poder de revogação e anulação dos atos, sponte propria, pela Administração, sendo essa a que mais goza do apreço dos doutrinadores nacionais e a que se assumiu, no presente trabalho, para identificar o conteúdo tradicional da autotutela.

Feito esse mapeamento, constatou-se, já na perspectiva mais restritiva, a apresentação da autotutela pela dicção de uma faculdade em aberto confiada à Administração, inclusive com amparo em entendimentos sumulados do Supremo Tribunal Federal. Verificou-se uma ausência de articulação metodológica de operação dessas faculdades, sem o conseqüente aporte de controle racional e discursivo desses movimentos.

Assim, de início, debruçou-se sobre a figura da autotutela na modalidade de revogação dos atos administrativos, tradicionalmente jungida a mero juízo de conveniência e oportunidade por parte do Estado-administração. Verificou-se a necessária incidência de um plano argumentativo para delinear essas variáveis de acordo com razões públicas claras, ainda que remanesça uma reserva de teor político marcadamente. Nesse sentir, com suporte apenas em Dworkin (2002), ter-se-ia pouco espaço de conformação política para decisões desse tipo, uma

vez que o autor prima pelo alcance de uma única resposta correta decorrente da articulação do discurso jurídico aos valores da comunidade política. Em Alexy (2008), no entanto, está disposta a construção teórica que ruma no sentido de um plano metodológico mínimo para a argumentação, garante da higidez do controle racional do discurso jurídico, mas ainda possibilitando a ocorrência de mais de uma resposta abalizada e verificada, velando por um espaço de conformação política remanescente.

Dessa sorte, propõe-se que a revogação dos atos administrativos tenha um conteúdo jurídico mínimo, ainda que se esteja a cuidar de atos discricionários, constante da necessidade de observância da segurança jurídica nesse tipo de juízo feito pela Administração. Ao lado disso, dada a reconstrução teórica da noção tradicional de interesse público, coincidente com o conteúdo dos direitos fundamentais promovidos em estado ótimo, haverá que se delinear uma trajetória discursiva clara e apta a demonstrar que esses são mais bem atendidos em concreto com a supressão do ato pela revogação, desde que, in casu, o gravame à segurança jurídica não se constitua em óbice propriamente ao veredicto revocatório.

No tocante à figura da anulação, logrou-se constatar ser tradicionalmente condicionada ao campo das nulidades do ato administrativo, construto sobejamente formalista, que leva em alta conta os aspectos de solenidade exigidos para que o ato seja expendido e, no aspecto de conteúdo propriamente, limita-se ao exame estático de adequação dos mesmos aos preceitos legais, faltando encarar a normatividade constitucional incidente, que traz para o próprio conteúdo de vinculação do ato a norma da segurança jurídica e da proteção à confiança que devem entrar como componentes do juízo de anulação.

Nesse ponto, percebeu-se a necessidade de romper, na abordagem do dever-poder de anulação dos atos pela Administração, com o estrito regime das nulidades, condicionando de forma estática, prévia e abstrata o juízo emitido pelo Estado-administração, bem como já os efeitos temporais decorrentes, e a decorrência ou não de indenização. Pela abordagem proposta, a incidência direta de normas constitucionais sobre o conteúdo dos atos, sem prejuízo da coincidência das normas legais, desde que observada a escoreta equação hierárquica, já impõe, como dito, que o conteúdo jurídico das normas da segurança jurídica e da proteção à confiança integrem efetivamente o discurso de análise do mérito de anulabilidade do ato e, a par disso, passa-se a requerer para a definição propriamente da anulabilidade, dos efeitos temporais e do dever de indenizar, a identificação dos bens jurídicos envolvidos e das normas que os protegem, estabelecendo-se, caso a caso, a proposição juridicamente acertada pelo calibre do ônus discursivo.

Em Oliveira (2015) resta bem consubstanciada a aplicação da chamada Teoria dos Atos Próprios ao Direito Administrativo, em que é vedada a adoção de medidas contraditórias pela Administração em ofensa à segurança jurídica, metodologicamente estruturada a análise segundo os caracteres complementares da ideia de expectativa legítima insuflada ao administrado, no escopo da proteção à confiança, cuja legitimidade será aferida precisamente pela boa-fé dos envolvidos. Uma vez expendido o ato, para que a Administração não incorra na fatalidade de contradição das próprias posturas jurídicas (*venire contra factum proprium*), é imperioso que sejam verificadas essas variáveis para a retirada do ato, mesmo eivado de vício de legalidade, vez que o conteúdo da segurança jurídica é, igualmente, integrante do dever de juridicidade da Administração.

Nessa esteira, do ponto de vista jurídico, o juízo de anulabilidade estruturar-se-á na ponderação entre o princípio da segurança jurídica e o princípio da legalidade, sendo alocada sob essa espécie normativa segundo construção mais recente. O produto final dessa ponderação oferecerá a solução em termos de manutenção ou supressão do ato, bem como dos efeitos temporais no caso da anulação, prescindindo de um esquema pré-fixado de nulidades, antes considerando as situações de fato diante das duas normas. Conforme se dê mais peso à segurança jurídica sobre a legalidade, ter-se-á em crescente nesse sentido, a possibilidade de

anulação do ato com efeitos retrospectivos – maior prevalência da legalidade; de anulação com efeitos prospectivos, quando a retroatividade mostrar-se inviável pela segurança jurídica ou quando houver efeitos concretos indefectíveis decorrentes do ato – situação intermédia - e de convalidação do ato, com ou sem saneamento – hipótese de mais peso conferido à segurança jurídica pelas exigências da situação concreta.

Ao cabo, logrou-se promover o enquadramento da possibilidade da revogação dos atos no escopo mais exíguo do dever de argumentação que restringe consideravelmente a margem de determinação política no emprego dessa faculdade, passando a ter um mínimo conteúdo regido pelo Direito e compreendido na esmerada articulação das razões públicas e no dever de observância da norma da segurança jurídica também nesse tipo de juízo supressivo dos atos administrativos, ainda que discricionários. No tocante à anulação, rompeu-se com o esquema rigidamente formal do regime de nulidades, primando-se por uma análise material, ponderando as normas da segurança jurídica, segundo as suas variáveis internas, e da legalidade, o que pode apontar diferentes soluções para casos similares, em comparado às soluções tradicionais oferecidas pelo previamente formatado juízo de anulabilidade.

Referências Bibliográficas

ALEXANDRINO, Marcelo; Paulo, Vicente. Direito Administrativo. 11^a ed. Editora ImpetusLtda: Rio de Janeiro, 2006

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais, trad. Virgílio Afonso da Silva. 2^a ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. Teoria da Argumentação Jurídica. Tradução Zilda HutchinsonSchild Silva, 2^a ed., São Paulo: Landy Livraria Editora e Distribuidora Ltda., 2008.

_____. ALEXY, Robert. Princípios Formais e outros aspectos da Teoria Discursiva do Direito. Org. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno, AssizTuffiSaliba, Mônica Sette Lopes – 1^a ed. – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. Pp. 3 – 35.

BAPTISTA, Patrícia. Segurança jurídica e da proteção da confiança legítima no Direito Administrativo.

BIAGI, Claudia Perotto. A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais na jurisprudência brasileira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

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

CARVALHO FILHO, José do Santos. Manual de Direito Administrativo. 24^a ed. rev. amp. e at. Editora Lúmen Júris: Rio de Janeiro, 2013.

CRETELLA JÚNIOR, José. Da autotutela administrativa. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 108, p. 47-63, out. 1972. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/36520/35299>>. Acesso em: 26 Abr. 2018.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FRAGA, Jesús Jordano. Nulidad de los actos administrativos y derechos fundamentales. Madrid: Marcial Pons, 1997. p 21 e ss.

HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição. Traduzido por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1991.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. The Cost of Rights: why liberty depends on taxes. New York: W.W. Norton & Company, 2000.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 8ª ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Trad. João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

LAMMÊGO BULOS, Uadi. Curso de Direito Constitucional. 9ª edição, ver. e at.

MELLO, Censo Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, 26ª ed., rev. e at., Editora Malheiros Editores: São Paulo, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. Do Espírito das Leis. São Paulo: Saraiva, 2000.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. O princípio da boa-fé e sua aplicação no direito administrativo brasileiro, Porto Alegre, Editora Edilson Pereira Nobre Júnior.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 3ª ed. São Paulo: Editora Método, 2015.

ROBIN DE ANDRADE, José. A revogação dos actos administrativos. 2ª ed. Editora Coimbra editora. 1985.

SIERRA, Raúl Bocanegra. Lecciones sobre el acto administrativo. 3ª Ed. Cizur Menor: Thomson Civitas, 2006.

32.POLÍTICAS PÚBLICAS NO FORTALECIMENTO DO ASSOCIATIVISMO

(Refere-se ao projeto de extensão economia solidária e coleta seletiva de material reciclável da UFJF-GV)

Fernanda Henrique Cupertino Alcantara
Ângela Vitória Andrade Gonçalves Da Silva
Otávio Lopes de Souza

Palavras-chave: Políticas Públicas; Economia Solidária; Associativismo; Cooperativismo.

A temática das políticas públicas é oriunda da Ciência Política, sendo recente sua apropriação pelo Direito. Dentro de uma perspectiva jurídica, Bucci as conceitua enquanto formas de concretização de direitos. Para a autora, elas “atuam de forma complementar, preenchendo os espaços normativos e concretizando os princípios e regras, com vista a objetivos determinados” (BUCCI et ali, 2001, 11). Mesmo reconhecendo que a definição de PPs não se reduzem à efetivação de direitos, assumiremos no presente trabalho o supracitado conceito, buscando analisar como este instrumento governamental possui caráter promotor de direitos humanos fundamentais (SALERT, 2012, 21). Para isso, pensaremos os benefícios de PPs, como a da Bolsa Reciclagem, no desenvolvimento de empreendimentos econômicos solidários (EES) de reciclagem e na promoção de direitos dos envolvidos nesse processo, quais sejam, cooperados e associados.

A liberdade de associação, prescrita no art. 5º, VII, da CRFB/1988, pode ser vista como um direito fundamental de primeira geração por sua dimensão individual, implicando, em um primeiro momento, em um “não fazer” do Estado para que essa se concretize. Todavia, há autores que criticam esse status negativo, uma vez que para a concretização desses direitos individuais não basta uma postura negativa do Estado, sendo necessária, por vezes, a realização de prestações para que haja tal efetivação. Para além da esfera individual, o direito de se associar apresenta grandes impactos sociais que podem ser evidenciados em diversas perspectivas, como a partir do desenvolvimento econômico pautado na organização do trabalho, no reforço de uma identidade cultural e estruturas de pertencimento. É com base nesses impactos que se sustenta o fundamento da importância ao fomento do associativismo.

A relação entre associativismo e PPs se estabelece, para Alcântara, no momento em que se busca assimilar “como os administradores públicos encaram a necessidade de criação de políticas públicas geradoras de renda e em qual das esferas do governo estas deveriam ser priorizadas” (ALCÂNTARA, 2005, 107). Partindo-se do pressuposto de que o associativismo se estrutura diretamente a partir de uma série de princípios de Economia Solidária (ES), com destaque para solidarização de capital e organização autogestionária, tem-se que as PPs também devem buscar meios de promover os chamados reencaixes econômicos e identitários de seus destinatários (ALCÂNTARA, 2005).

O processo de promulgação e efetivação de PPs envolve um complexo de relações políticas e sociais. No entender de vários ramos da teoria neo-institucionalista, para a efetiva decisão, formulação e implementação de PPs, é fundamental a presença de instituições, entendidas como tipificações de procedimentos habituais. Todavia, não compartilhamos do seu pensamento de que a institucionalização ocorre por meio da naturalização dessa tipificação, sem a presença de reflexividade prática, pois a pensamos mediante dois eixos principais, quais sejam, regulamentação e rotinização da ação – o que, por si só, já exclui a naturalização (ALCÂNTARA, 2005). Dito isso, infere-se que essa institucionalização tende a promover PPs,

as quais podem ser pensadas como sendo a base das ações e não-ações dos governos (União e subunidades) mediante à participação direta ou indireta da sociedade civil organizada, de forma a entendê-las, conforme já dito anteriormente, como efetivação de direitos, assim como potenciais meios para ampliação e expansão de EES de reciclagem.

Tal percepção se desenvolveu no mandato de Olívio Dutra à frente do Estado do Rio Grande do Sul em 2001. Este é considerado o primeiro marco temporal do momento em que o associativismo começou a ser entendido como PP, porquanto teve-se a criação, regulamentação e implementação de um Programa de Economia Solidária. Além disso, representa um importante registro que nos ajuda a compreender a institucionalização da ES a nível nacional no primeiro Governo Lula, iniciado no ano de 2002. Ambos foram importantes e contribuíram para a efetivação de ações de governantes em prol de EES, cada qual à sua maneira, tentando retirá-la da posição de marginalização na qual se encontrava naquela época (ALCÂNTARA, 2005).

É inegável, entretanto, que nenhum dos dois exemplos ora mencionados fizeram menção explícita aos EES de reciclagem em seus planos de geração de renda e afins, restringindo-se a estender alguns de seus efeitos a eles. Isso foi mudando ao longo dos anos. E um exemplo disso é a Bolsa Reciclagem, promulgada pelo governo do Estado de Minas por meio da Lei n. 19.823/2011. Esta tem por escopo potencializar, nos termos do seu art. 2º, a promoção de “incentivo à reintrodução de materiais recicláveis em processos produtivos, com vistas à redução da utilização de recursos naturais e insumos energéticos, com inclusão social de catadores de materiais recicláveis”. Para tanto, o Estado em questão concede benefícios financeiros às cooperativas e associações populares de coleta seletiva, a partir do enfardamento e comercialização dos materiais coletados prescritos em lei, dentre eles, papel, papelão, plástico, metais e vidros.

Em uma oficina realizada na Associação dos Catadores de Materiais Recicláveis Natureza Viva (ASCANAVI) – nosso principal ponto de atuação no projeto de extensão Economia Solidária e Coleta Seletiva de Material Reciclável, alocado no campus avançado da Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF-GV) – constatou-se que os catadores e catadoras presentes sabiam do que se tratava o supracitado programa e o entendiam como estímulo para o aperfeiçoamento do trabalho em grupo, bem como um importante meio para complementar suas respectivas rendas individuais no fim de cada mês.

A partir dessa experiência, identificamos os benefícios de PPs, como a da Bolsa Reciclagem, a partir de duas dimensões: uma interna e outra externa. Esta relaciona-se, em larga medida, com os efeitos do fenômeno da globalização após a década de 1990 na América Latina, os quais são responsáveis, dentre outras coisas, pela promoção de desemprego e perda de conquistas de direitos pela classe trabalhadora. E é justamente nesse contexto que surge o novo cooperativismo, “centrado na democracia, na produção e distribuição, na desalienação do trabalhador, na luta direta dos movimentos sociais pela geração de trabalho e renda e, ainda, contra a pobreza e exclusão social” (OLIVEIRA et ali., 2003, 105). Consequentemente, as PPs ajudam na viabilização fática e na manutenção do novo cooperativismo e, assim, dos efeitos externos dessa globalização, que afetam a todos, mas, principalmente, os cidadãos mais vulneráveis economicamente, isto é, os trabalhadores que necessitam dessa forma alternativa de trabalho na medida em que não conseguem se estabelecer dentro de um mercado tradicional capitalista altamente desigual e excludente.

Já a dimensão interna dos benefícios, por sua vez, está diretamente ligada com as influências das PPs na esfera individual de seus destinatários, que, no nosso caso, são os associados dos EES de reciclagem. O primeiro deles está vinculado ao desenvolvimento econômico do indivíduo, por meio da transferência de rendimentos, que no caso da Bolsa Reciclagem representa 90% das contribuições aos associados e cooperados, o que frequentemente indica um complemento substancial da renda familiar. Para receber esse

auxílio, há a necessidade de preenchimento de uma série de requisitos, como garantir a frequência escolar das crianças e o afastamento delas do ambiente de trabalho. As práticas de fomento ao associativismo e ao cooperativismo realizado por PPs possuem como consequência, como ora mencionado, um desenvolvimento direto desses empreendimentos na sociedade. Nunes (2001) entende que a vivência, impulsionada por esse processo, faz com que os indivíduos desenvolvam uma “identidade positiva”, pautada no reconhecimento das necessidades do grupo e no respeito aos limites dos outros. Somado ao reforço do sentimento de pertencimento e à identidade cultural desses indivíduos provenientes da estrutura associativista, esses impactos representam importantes avanços para a proteção de direitos fundamentais.

Em suma, acreditamos que as PPs desempenham um papel fundamental na concretização desses direitos. As condições proporcionadas por elas buscam mitigar as desigualdades factuais a partir de benefícios que atuam tanto na perspectiva externa quanto na interna de seus destinatários. Ao ter como parâmetro os EES de reciclagem e a atuação de PPs, como a da Bolsa Reciclagem, tornam-se perceptíveis esses impactos positivos na motivação ao desenvolvimento de associações e cooperativas e na promoção de direitos dos indivíduos que participam desse processo.

Referências Bibliográficas

ALCÂNTARA, Fernanda Henrique Cupertino. Economia Solidária: o dilema da institucionalização. São Paulo, Editora Arte e Ciência, 2005.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Juliana Nicoletti. 51. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. 456 p. (Coleção Saraiva de Legislação).

BUCCI, Maria Paula Dallari et. ali. Direitos humanos e políticas públicas. São Paulo, Pólis, 2001.

MINAS GERAIS (BRASIL). Lei nº 19.823, de 22 de novembro de 2011. Dispõe sobre a concessão de incentivo financeiro a catadores de materiais recicláveis – Bolsa Reciclagem. Diário do Executivo e Legislativo. Disponível em: <<http://jornal.iof.mg.gov.br/xmlui/handle/123456789/44624>>. Acesso em: 30 abr. 2018.

NUNES, Christiane Girard Ferreira. Cooperativas: uma possível transformação identitária para os trabalhadores do setor informal?. Soc. estado. [online]. 2001, vol.16, n.1-2, pp.134-158. ISSN 0102-6992. <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-69922001000100007>.

OLIVEIRA, Vanderli Fava et ali. Organização da produção de cooperativas populares. Sônia Heckert (org.). Cooperativismo popular: reflexões e perspectivas. Juiz de Fora, Editora da UFJF, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos Direitos Fundamentais. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2012.

33.A REFORMA TRABALHISTA NO BRASIL E O ACESSO À JUSTIÇA: a inconstitucionalidade dos §§ 2º e 3º do art. 844 da consolidação das leis do trabalho

Karen Artur
Isabel Godinho de Lima

Palavras-chave: Reforma Trabalhista – Acesso à Justiça – Direito do Trabalho – Inconstitucionalidade.

Introdução

A Lei nº 13.467/2017, denominada como Reforma Trabalhista, alterou significativamente vários dispositivos e inseriu diversas disposições na Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-Lei nº 5.452/1949). Trata-se, verdadeiramente, de abundantes mudanças que, salvo algumas exceções, foram contra o sentido elementar de nosso ordenamento jurídico, baseado na Constituição Federal de 1988, isto é, de respeito a principiologia humanística e social e ao conceito de direitos fundamentais da pessoa humana.

Dentre essas alterações, tem bastante relevo as que dizem respeito ao benefício da justiça gratuita e às diversas barreiras processuais relacionadas ao acesso à justiça. Isso pois, com a Reforma Trabalhista, mesmo o reclamante sendo beneficiário da justiça gratuita, haverá sua responsabilização pelo pagamento de custas caso não compareça na audiência (artigo 844, § 2º, CLT). Não bastasse tal disposição, a Reforma Trabalhista tratou de introduzir ainda que, se o reclamante não realizar o pagamento das custas, ele será impedido de ajuizar nova demanda (artigo 844, § 3º, CLT).

Diante de tais disposições legais recentes, o objetivo deste trabalho é demonstrar, ainda que de forma breve, que os §§ 2º e 3º do artigo 844 da CLT estão manifestadamente em discordância com o disposto no artigo 5º, XXXV e LXXIV, da Constituição Federal e com o objetivo do instituto da justiça gratuita. Para atingir tal propósito, buscou-se compreender e expor o sentido do direito ao acesso à justiça, bem como do benefício da justiça gratuita, confrontando com as disposições inseridas pela Reforma Trabalhista e os princípios que norteiam o Direito Processual e Material do Trabalho.

Direito Fundamental ao acesso à justiça e à assistência gratuita

O direito ao acesso à justiça foi consagrado no ordenamento brasileiro no art. 5º, XXXV, Constituição Federal de 1988. Segundo Cappeletti e Garth, ele deve “ser encarado como requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar, os direitos de todos.” (1988, p. 12).

Trata-se, assim, de um direito fundamental que deve ser assegurado a todas as pessoas pois, em caso de ausência de sua efetivação, não é possível que se concretize os demais direitos. Obviamente, não se defende neste resumo que somente é possível chegar a solução de um conflito – em específico um conflito trabalhista – a partir do ajuizamento de uma ação no Poder Judiciário, haja vista que existem vários meios de solução de conflitos permitidos e incentivados pela lei – como, por exemplo, a mediação e a conciliação. Porém, nem sempre tais meios autocompositivos serão os ideais para determinada lide e, portanto, nessa circunstância, o acesso à justiça deverá ser entendido como acesso ao Poder Judiciário.

Exposto isso, deve-se salientar também que alguns entendem o direito ao acesso à justiça como princípio da proteção jurisdicional. É o caso de Marinoni que, em análise histórica do direito consagrado no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988, expõe que este somente foi constitucionalizado em 1946, com artigo 141, § 4º, que dispunha que a “lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”.

Assim, conforme Marinoni, as Constituições de 1824, 1891, 1934 e 1937 não expressaram normas com semelhante teor e apenas com a Constituição de 1988 que se inseriu a locução “ameaça a direito” na verbalização de tal princípio e exclui-se a restrição de ser direito individual, como se depreende da dicção atual do artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Percebe-se, portanto, que se trata de direito consagrado muito recentemente em nosso ordenamento e que, por isso, merece atenção especial para que sua efetivação seja, de fato, garantidora de direitos. Nesse sentido, deve-se considerar que, se a Constituição afirma que não se pode excluir lesão ou ameaça de direito a apreciação do Poder Judiciário, a inserção de requisitos em lei infraconstitucional para se ajuizar uma ação é manifestadamente inconstitucional, pois estaria criando óbices ao acesso à justiça.

Colocar como necessário o pagamento de custas, mesmo que o reclamante seja beneficiário da justiça gratuita, é fazer com que aqueles que tenham recursos financeiros possam ter acesso à justiça e os que não possuem fiquem excluídos. Frise-se que, de acordo com o conceito de acesso à justiça de Cappeletti e Garth, para que haja a efetivação desse direito é imprescindível um sistema jurídico moderno e igualitário. Dessa forma, impor a parte beneficiária da justiça gratuita o ônus das custas para propor nova ação em caso de não comparecimento é não considerar que as partes na lide são diferentes e que merecem tratamento diferente para que se tenha efetivamente igualdade.

O acesso à justiça não deve ser entendido como a possibilidade abstrata de se demandar em juízo, mas, sim, como um direito concreto. Desse modo, deve-se compreender que demandar em juízo exige recursos financeiros e que nem todos os indivíduos terão capacidade econômica para isso. A própria Constituição Federal de 1988 considerou essa hipossuficiência econômica da parte em seu texto (artigo 5º, LXXIV), afirmando que, aos que comprovarem insuficiência de recursos, o Estado fornecerá assistência jurídica integral e gratuita.

Destarte, considerando que a Constituição Federal de 1988 implantou o acesso à justiça e assistência jurídica integral e gratuita, caso seja comprovada a escassez de recursos, não é possível que lei infraconstitucional esteja em discordância com esses dispositivos consagradores de direitos fundamentais. Nesse sentido, corroborando para o entendimento aqui exposto, salienta-se que há uma Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADI) 5.766 sustentando a inconstitucionalidade não só desses dispositivos implantados pela Lei nº 13.467/2017, mas também de outros, por representarem obstáculos ao acesso à justiça.

Da proteção ao trabalhador e da desigualdade entre as partes

No que concerne às características do Direito do Trabalho, existe como princípio norteador da matéria a proteção do trabalhador. Tal princípio significa que, na relação trabalhista, em regra, há uma desigualdade entre os litigantes em que uma parte é hipossuficiente em relação a outra. Conforme coloca Delgado¹, esse princípio “influi em todos os seguimentos do Direito Individual do Trabalho, influenciando na própria perspectiva desse ramo ao construir-se, desenvolver-se e atuar como direito” (2014, p.196)

Portanto, considerando que o conceito de acesso à justiça demanda igualdade e que na relação trabalhista não existe essa igualdade, é crucial entender que a disposição atual § 2º e 3º do artigo 844 da CLT, além de se violar diretamente a expressas previsões constitucionais, não se respeita princípio da proteção ao trabalhador. Isso porque considera o trabalhador em

condições econômicas paritárias, o que, de fato, não ocorre. Frise-se que, ao imputar-lhe o ônus das custas mesmo sendo beneficiário da justiça gratuita, a desigualdade entre as partes somente tende a aumentar e ferir ainda mais o princípio da proteção.

Conclusão

Diante do exposto, conclui-se que os §§ 2º e 3º do artigo 844 da CLT devem ser considerados inconstitucionais. Procurou-se demonstrar, ainda que sucintamente, que, para as pessoas economicamente vulneráveis, o acesso à justiça somente é viável caso haja, efetivamente, a garantia da assistência jurídica gratuita, incluída nessas a isenção de pagar custas judiciais. Portanto, retirar essas garantias constitucionais, como faz os referidos parágrafos, é inviabilizar direitos fundamentais necessários para a garantia de todos os demais.

Referências Bibliográficas

CAPPELLETTI, Mauro. BRYANT, Garth. Acesso à justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris, 1988.

DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 13 ed. São Paulo – LTr, 2014.

DELGADO, Mauricio Godinho. DELGADO, Gabriela Neves. A Reforma Trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei nº 13.467/2017.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de Direito Processual do Trabalho. 16 ed. – São Paulo – Saraiva Educação, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme. Comentário ao artigo 5º, XXXV. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 771-781.

RICALDE, Mario do Carmo. CARVALHO, William Epitácio Teodoro de. Comentários à Reforma Trabalhista: análise da Lei nº13.467/2017. 1ª ed. - Campo Grande – Contemplar, 2017.
SUSSEKIND, Arnaldo. Direito Constitucional do Trabalho. 3 ed. Rio de Janeiro, 2004.

34. O EFEITO CONFISCATÓRIO DAS MULTAS NOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS E JUDICIAIS TRIBUTÁRIOS

Elizabete Rosa De Mello
Débora Carolina de Oliveira Vilela
Isabela Lobo Monteiro de Castro

Palavras-chave: Multas tributárias, Efeito Confiscatório, Processo Tributário

No âmbito dos processos judiciais tributários, questão que chama atenção de juristas e contribuintes é o exorbitante valor das multas cobradas pelo Fisco. Nota-se dívidas aumentarem em demasia, em alguns casos dobrando ou até mesmo triplicando e chegando a valores absurdos. Nesse contexto, o objetivo do presente trabalho é analisar e descrever os principais aspectos relacionados às multas tributárias aplicadas nos processos administrativos e judiciais brasileiros e como adquirem caráter confiscatório. Para isso, foi realizado um estudo sobre a indeterminação do quantum que pode ser considerado exacerbado a ponto de comprometer a renda e o patrimônio do contribuinte, de forma a ultrapassar os seus limites de capacidade contributiva, bem como infringir o princípio da vedação ao confisco.

A Constituição Brasileira de 1988 (BRASIL, 1988), pautada em valores democráticos e sociais traz em seu artigo 150, inciso IV, a proibição de que o tributo seja utilizado como forma de confisco por parte do ente público. Nesse sentido, Rui Barbosa Nogueira e Paulo Roberto Cabral Nogueira lecionam que “a transferência para o Fisco do total ou de parte do patrimônio do particular sem base legal constitui a figura que se dá o nome juris de confisco” (BARBOSA NOGUEIRA, CABRAL NOGUEIRA, p.150).

O STF vem avaliando há décadas a proporcionalidade das “multas tributárias” com o intuito de alcançar a conformação entre a gravidade da conduta do devedor inadimplente e o percentual de penalidade imposto. Todavia, ainda não houve consenso de qual seria o limite máximo aceitável e nem mesmo qual seria o critério utilizado para o cálculo de tais sanções. Assim, o Direito Fundamental a uma Tributação Justa mostra-se por muitas vezes, violado.

Este trabalho analisa como as multas adquirem no processo judicial tributário caráter confiscatório e delimita através da análise jurisprudencial e doutrinária parâmetros máximos de cobranças das diferentes espécies de multas tributárias. Para tal, a estrutura do artigo científico dividiu-se em quatro itens. No primeiro item foram analisadas as espécies de multas tributárias: moratória e punitiva. A multa moratória é aquela advinda do atraso no pagamento do tributo pelo contribuinte. Ela onera o atraso no cumprimento da obrigação principal da regra-matriz de incidência tributária, o que configura infração já que conforme o artigo 113, §1º do CTN o pagamento do tributo deverá ser realizado na forma, no prazo e nas condições estabelecidas em lei (MELLO, 2013).

Já a multa punitiva, distintamente da multa moratória, tem natureza tributária e seu principal objetivo é punir o contribuinte pelo erro ou não cumprimento da obrigação tributária acessória e coibi-lo a não mais praticar o ilícito. Todavia, por mais que a multa punitiva admita tal caráter é necessário que se mantenha os limites da proporcionalidade, razoabilidade e vedação ao confisco na estipulação de seus parâmetros de cálculo (MELLO, 2013).

O segundo item teve como foco o efeito confiscatório das multas tributárias, pautando-se no fato de que a tributação não pode ter como efeito impedir o exercício de atividades lícitas pelo contribuinte e nem comprometer o seu direito a uma vida digna, por isso, a aplicação do princípio da vedação ao efeito confiscatório prima pela razoabilidade e proporcionalidade da carga tributária.

No terceiro item foi analisado o entendimento jurisprudencial e o entendimento doutrinário do conceito de multa confiscatória. Verificou-se, que as decisões do STF que deve

ser considerado como parâmetro para uma multa confiscatória o percentual de 100% do valor do tributo (AgRg no REExt 833.106/GO, p.2-4, 2014).

Por fim, no último item foi criada uma proposta de parâmetro para estipulação de multas em consonância com os princípios da proporcionalidade e do não-confisco, com o intuito de garantir tanto a justiça tributária quanto a tributação justa. Além disso, visa a adequação entre o ilícito praticado pelo contribuinte e a porcentagem de multa punitiva que lhe será imposta.

Tal proposta apresenta um percentual que aumenta de acordo com o valor do tributo que deixou de ser pago em virtude do descumprimento ou cumprimento parcial de uma obrigação tributária acessória. Assim, à medida que aumenta o valor do tributo também aumenta o percentual de multa punitiva que será imposta ao contribuinte. Como exemplo, ao descumprimento ou cumprimento errôneo ou parcial de obrigação tributária acessória que acarrete no não pagamento de tributo, cujo valor seja inferior a R\$10.000,00 (dez mil reais) será aplicada multa punitiva de 1% (um por cento). Já no descumprimento ou cumprimento errôneo ou parcial de obrigação acessória que acarrete no não pagamento de tributo, cujo valor seja superior a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), a multa punitiva será de 25% (vinte e cinco por cento).

A tributação justa exige que o parâmetro de aplicação tanto de tributos quanto de multas leve em consideração a realidade social do país. Desta forma, é importante analisar que as multas que incidem sobre valores abaixo de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), por exemplo, são aquelas que na grande maioria das vezes serão cobradas do contribuinte comum e dos pequenos empresários. As multas com altos valores, como aquelas que incidem sobre tributos superiores a R\$ 1.000.000 (mil reais), são muitas vezes cobradas de grandes empresas, que decidem praticar o ilícito objetivando descumprir a lei. Assim, a proposta foi evitar que o contribuinte comum seja punido da mesma forma que as grandes empresas e os grandes devedores, mas, ainda assim, evitando que em qualquer dos casos a multa tributária adquira caráter confiscatório.

Referências Bibliográficas

ALEXANDRE, Ricardo. Direito Tributário Esquematizado. 9. ed. São Paulo: Métodos, 2015.
BRASIL. Código Tributário Nacional. Promulgado em 25 de outubro de 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172.htm>. Acesso em: 28 set. 2017.

_____. 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: 27 set. 2017.

_____. Lei nº 9430. Promulgada em 27 de dezembro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9430.htm>. Acesso em: 28 set. 2017.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. Comentários à Constituição de 1988: sistema tributário. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

DALLAZEM, Dalton Luiz. O princípio constitucional tributário do não-confisco e as multas tributárias. In: FISCHER, Octávio Campos (coord.). Tributos e direitos fundamentais. São Paulo: Dialética, 2004.

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

NOGUEIRA, Ruy Barbosa; NOGUEIRA, Paulo Roberto Cabral. Direito tributário aplicado e comparado. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

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

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 551 RJ. Relator Ilmar Galvão. Acórdão, 24 out. 2003. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266412>>. Acesso em: 24 set. 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário n. 833.106 GO. Relator Min. Marco Aurélio. Acórdão, 25 nov. 2014. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7464567>>. Acesso em 25 set. 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL . Recurso Extraordinário n. 582.461 SP. Relator Min. Gilmar Mendes. Acórdão, 18 maio 2011. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=626092>>. Acesso em 25 set. 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário n. 833.106/ GO. Relator Min. Marco Aurélio. Acórdão, 25 nov. 2014. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7464567>>. Acesso em 25 set. 2017.

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

35. BENEFÍCIOS FISCAIS E SEGURANÇA JURÍDICA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

(Programa institucional de bolsas de iniciação científica: IX PIBIC/CNPQ/UFJF nas ações afirmativas – 2017/201)

Elizabete Rosa De Mello
Camila de Souza Moura

Palavras-chave: benefícios fiscais. Segurança Jurídica. Espécies.

Os benefícios fiscais no Brasil muitas vezes são confundidos, de forma equivocada, com incentivos fiscais ou meras renúncias de receitas tributárias, ambos são espécies de desonerações, ou renúncia de receitas, porém o incentivo fiscal exige por parte do beneficiado uma contraprestação, enquanto no benefício fiscal não. Além dessa diferenciação é necessário demonstrar como os benefícios fiscais podem ser utilizados como instrumentos para concretização da função extrafiscal dos tributos, qual seja, para regular a política econômica do país, atividades de educação e proteção ao meio ambiente e políticas sociais necessárias.

Muitos entes da Federação (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios) conseguem convencer determinadas empresas a instalarem-se em seus territórios mediante a concessão de benefícios fiscais, desrespeitando a Lei de Responsabilidade Fiscal (LC 101/2000) que determina, que ao conceder um benefício fiscal o ente federativo deverá antecipadamente realizar um estudo do impacto orçamentário-financeiro de como o valor que irá deixar de ser arrecadado será cobrado de outra forma de outros contribuintes, para evitar déficits públicos e o desequilíbrio do orçamento público. Exemplo disso foi o que aconteceu com o Município do Rio de Janeiro, que concedeu tantos benefícios fiscais para tantas empresas que sequer, atualmente, está conseguindo efetuar o pagamento dos vencimentos dos servidores públicos municipais, o que gera uma verdadeira insegurança jurídica.

Para evitar que determinado ente da Federação conceda benefícios fiscais de maneira desordenada, desrespeitando a LC 101/2000, é necessária a exigência de uma contraprestação por parte de quem os obtém e uma constante fiscalização. Todavia, é necessário questionar qual espécie de contraprestação pode-se exigir de quem obtém benefícios fiscais; quem deve fiscalizar e acompanhar as concessões dos benefícios fiscais como imunidade, isenção, anistia, alíquota zero, remissão, moratória e outros; bem como saber que tipo de sanção deve receber quem tem o dever da fiscalização e não o faz; quem fiscaliza aquele que tem o dever de fiscalizar; e qual a quantidade e a espécie de benefícios fiscais devem ser concedidos por um ente da Federação. Diante dessas questões tem-se uma nova interpretação das leis que concedem benefícios fiscais, que não é tratada nos manuais de direito, para ser sugerida a determinados entes da Federação.

Exemplo disso é a extrafiscalidade, que não deve ser entendida apenas como obtenção de receita, mas também como forma de o Estado intervir no meio social e na economia, mantendo-o equilibrado. Para se cumprir a exigência dessa contraprestação do beneficiado, não é necessário a criação de novas espécies de benefícios fiscais, sendo mais eficaz que se adote a extrafiscalidade ambiental nos tributos já existentes. Por serem tão amplos, os benefícios concedidos hoje, são uma abertura para a ocorrência de vários tipos de fraudes, por isso, espera-se haver uma limitação na quantidade e uma fiscalização do órgão responsável pela concessão.

O presente projeto de pesquisa aprovado pelo PROGRAMA INSTITUCIONAL DE BOLSAS DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA: IX PIBIC/CNPq/UFJF NAS AÇÕES

AFIRMATIVAS - 2017/201 analisa de uma forma sistematizada os benefícios fiscais no Brasil de acordo com a segurança jurídica. Os objetivos específicos da pesquisa são: conceituar benefícios fiscais; diferenciar benefícios fiscais de incentivos fiscais e renúncias de receitas; verificar se segurança jurídica pode ser conceituada como valor jurídico, postulado, princípio ou regra; demonstrar a possibilidade de os benefícios fiscais serem utilizados como instrumentos para a concretização da função extrafiscal do tributo; analisar a legislação esparsa sobre a tributação e os benefícios fiscais concedidos pelo Município de Juiz de Fora; responder às questões trazidas neste Projeto para demonstrar que os benefícios fiscais devem ser concedidos de acordo com a LC 101/2000 e com a atual realidade social; e elaborar um artigo jurídico e publicá-lo, bem como realizar palestras em eventos (congressos, seminários, simpósios, oficinas e encontros) para divulgar os resultados da pesquisa.

No momento, o Projeto encontra-se no capítulo três, o qual aborda as espécies de benefícios fiscais. Sendo o trabalho dividido em seis capítulos: Introdução; Conceito de benefício fiscal e extrafiscalidade; Espécies de benefícios fiscais; Problemática de conceder benefício fiscal e a segurança jurídica; Casos de Estados que concederam benefícios fiscais sem a devida fiscalização; e Conclusão. No capítulo 2 foi elaborado texto sobre o conceito de benefício fiscal e extrafiscalidade, diferenciando benefício de incentivo, enquanto o capítulo 3 abordou a definição de diferentes espécies de benefícios fiscais, como imunidade tributária, isenção, anistia, remissão, alíquota zero, entre outras. Considerando-se os objetivos da investigação, trata-se de pesquisa com metodologia descritiva, documental, orientada pelo método crítico-dialético.

A elaboração do artigo jurídico apontará como os entes da Federação vêm desonerando e privilegiando determinados contribuintes por meio dos benefícios fiscais, com propostas de serem implementadas de acordo com a função extrafiscal dos tributos e de sua contraprestação efetiva. Poucos doutrinadores tratam dos benefícios fiscais conforme serão abordados neste Projeto, mas diante da atual realidade de suas concessões desordenadas, gerando insegurança jurídica e impedindo a concretização dos direitos e garantias fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, é necessária uma nova interpretação para sugerir alterações de leis que os concedem.

Referências Bibliográficas

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.

AVILA, Antonio Augusto. ICMS – base de cálculo revisitada. Rio Grande do Sul: Núria Fabris, 2009.

BALEEIRO, Aliomar. Direito Tributário Brasileiro. (atualização de Misabel Abreu Machado Derzi). 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BALEEIRO, Aliomar. Direito Tributário Brasileiro, Rio de Janeiro: Forense. 7. ed. 2009, p. 311.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm >. Acesso em: 03 set. 2017.

_____. Lei complementar nº 101, de 4 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm >. Acesso em: 03 set. 2017.

_____. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Denominado Código Tributário Nacional pelo art. 7º do Ato Complementar nº 36, de 13.3.1967. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172.htm >. Acesso em: 25 out. 2017.

_____. Política Nacional de Meio Ambiente, lei Federal 6.938/81, 1981. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm >. Acesso em: 06 out. 2017.

CALMON, Sacha. Curso de Direito Tributário Brasileiro, 15. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CARDOSO. Anderson Trautmann. Não-cumulatividade do ICMS – dimensão normativa e eficácia. Rio Grande do Sul: Livraria do Advogado, 2009.

CARLI, Ana Alice; MARTINS. Saadia Borba. Educação Ambiental: premissa inafastável ao desenvolvimento econômico sustentável. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

CARRAZZA, Roque Antônio. ICMS. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

FALCÃO, Amílcar. Fato Gerador da Obrigação Tributária. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

FLORES, Nilton Cesar (organizador). A sustentabilidade ambiental em suas múltiplas faces. Capítulo 6: COSTA, Leonardo de Andrade: A sustentabilidade ambiental na produção econômica de bens e serviços como requisito progressivo à concessão de incentivos e benefícios fiscais no Brasil. Campinas/São Paulo: Millennium, 2012.

GODOI, Marciano Seabra. Críticas à jurisprudência atual do STF em matéria tributária. São Paulo: Dialética, 2011.

TORRES, Ricardo Lobo. Curso de direito financeiro e tributário. 18. ed. Revista e Atualizada: Renovar, 2011.

36. PRINCÍPIO DA IGUALDADE E DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA: uma análise do entendimento do tribunal constitucional português durante o período de crise dos direitos sociais, sob a égide da doutrina de Jorge Reis Novais

(O resumo é referente ao projeto de pesquisa: “crise e direitos sociais: uma análise da jurisprudência da crise em Portugal, das bases normativas de tais decisões e seus impactos no cenário brasileiro de crise)

Waleska Marcy Rosa
Giovanna Silva Mantovani
Kélvia Faria Ferreira

Palavras-chave: Princípio da igualdade; princípio da confiança; Tribunal Constitucional Português; crise dos direitos sociais.

O princípio da igualdade é um dos princípios basilares do Estado de Direito, sendo assim, possui presença constante e antiga nos textos constitucionais. Tendo em vista essa longevidade constitucional, como bem afirma Jorge Reis Novais, o princípio tem experimentado, como consequência, uma evolução multifacetada. Dessa forma, é capaz de reunir tanto as diversas dimensões apuradas durante essa evolução secular, quanto de abrir novas e discutíveis utilizações que fazem dele um princípio aberto, controverso e de compreensão não linear. Isto é, embora conserve em sua essência a ideia de justiça, a luta contra os privilégios, a dignidade da pessoa humana, as quais estiveram presentes desde a formação do Estado Democrático de Direito, gera, por outro lado, controvérsias doutrinárias que refletem, acompanham e influenciam as transformações trazidas por esse tipo histórico de Estado.

Assim como o princípio da igualdade, o princípio da confiança é, sem dúvidas, essencial na Constituição material do Estado Democrático de Direito, visto que se faz imprescindível para a necessária estabilidade, autonomia, segurança e organização na vida dos cidadãos. Cabe ressaltar que, segundo Jorge Reis Novais, desde os primórdios das revoluções liberais, a luta pela Constituição e pelo Estado de Direito era também uma luta pela segurança jurídica. Isto é, pela busca de um projeto de organização racional do Estado e de sua atuação que mantivesse a esfera da atividade econômica dos particulares protegidas das arbitrariedades típicas do um exercício ilimitado dos poderes de autoridade, caracterizado pelo Estado absolutista. Esse princípio, portanto, projeta exigências dirigidas ao Estado que permeiam desde a previsibilidade e calculabilidade da atuação estatal, a clareza e densidade normativas das regras jurídicas, a publicidade e transparências dos atos públicos, os quais podem ser suscetíveis a afetarem negativamente os cidadãos, até a observância específica dos direitos, expectativas e interesses legítimos dignos de proteção. Segundo o mesmo autor, a invocação do princípio da proteção da confiança dos particulares na continuidade do quadro legislativo vigente é, todavia, a que gera maiores dificuldades, visto que os cidadãos possuem o direito de não ver frustradas as expectativas quanto à permanência de um dado quadro legislativo, portanto, de não esperar alterações radicais no curso de desenvolvimento legislativo normal. Por outro lado, deve-se ter em conta que o legislador de Estado de Direito democrático está igualmente vinculado à prossecução do interesse público e que, para tanto, dispõe de uma ampla margem de conformação da ordem jurídica ordinária, incluindo, naturalmente, a possibilidade de alteração das leis em vigor. É a partir desse parâmetro subjetivo do princípio em discussão que o trabalho analisará as decisões do Tribunal Constitucional Português.

Logo, o presente trabalho tem como objeto o exame dos princípios supracitados na perspectiva do Tribunal Constitucional Português, durante o período de crise sócio-econômica enfrentado pelo país a partir do ano de 2011, com a análise de como a Corte se apropria desses para estruturar sua argumentação ao decidir demandas que anseiam por sua efetivação e em que medida tais decisões, quando implicam a erosão desses princípios, podem afetar o núcleo essencial dos direitos fundamentais. Para tanto, foi selecionado um acórdão de controle abstrato: o Acórdão nº 574/2014, submetido ao Plenário pelo Presidente da República como pedido de fiscalização de constitucionalidade de normas constantes dos números 1 a 15 do artigo 2.º e dos números 1 a 3 do artigo 4.º do Decreto n.º 264/XII da Assembleia da República, que trata do regime que estabelece os mecanismos das reduções remuneratórias temporárias dos servidores públicos. O pedido apresenta a seguinte fundamentação: As normas em causa são suscetíveis de violar princípios e normas constitucionais como o princípio da igualdade, previsto no artigo 13º da Constituição e o princípio da proteção da confiança, ínsito ao princípio do Estado de direito constante do artigo 2º da Constituição. Dessa forma, a referida análise se realizará sob a égide do entendimento doutrinário de Jorge Reis Novais acerca dos princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa.

Por conseguinte, este trabalho objetiva analisar se o entendimento do Tribunal Constitucional Português acerca dos princípios da igualdade e da proteção da confiança, firmado em suas decisões, durante o período de excepcionalidade ocasionado pela crise econômica do país, irá ao encontro ou será contrário ao posicionamento doutrinário de Jorge Reis Novais. Ademais, pretende-se observar também se a apreciação da Corte com relação a esses princípios basilares da República Constitucional Portuguesa poderá findar por violar o núcleo essencial dos direitos fundamentais, como o direito à segurança social.

Assim, o artigo se justifica pela busca da análise do controle do Poder Judiciário Português com relação às leis que possam intervir restritivamente nos direitos e garantias dos cidadãos, no período de crise econômica, atentando-se às questões que envolvem a necessidade de proteção da igualdade, proteção da confiança e da proporcionalidade nas decisões.

Em conclusão, espera-se que o presente trabalho possa ter como resultado a obtenção de um panorama sobre o posicionamento do Tribunal Constitucional Português no que tange aos critérios de análise propostos pela pesquisa, a saber, à interpretação dos princípios da igualdade e da proteção da confiança no acórdão selecionado como objeto de pesquisa. Almeja-se também que o artigo possa permitir a verificação de uma possível afetação no núcleo essencial dos direitos fundamentais tratados na decisão, em caso de flexibilização dos princípios citados.

Referências Bibliográficas

NOVAIS, Jorge Reis. Os princípios constitucionais estruturantes da república portuguesa, Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

37. AFETAÇÃO DO RESP 1.657.156 AO RITO DO ART. 1036/CPC E OS REFLEXOS NAS DECISÕES JUDICIAIS DO MUNICÍPIO DE JUIZ DE FORA: uma análise à luz do direito como integridade (Direito à saúde: análise da decisão do superior tribunal de justiça em recurso especial repetitivo no 1.657.156 – RJ)

Waleska Marcy Rosa
Valdemir Jorge de Souto Batista
Lays Gomes Martins

Palavras-chave: Afetação; REsp 1.657.156; Integridade; Dworkin.

Em 24 de maio de 2017 iniciou-se, no Superior Tribunal de Justiça (STJ), o julgamento do REsp 1.657.156, de relatoria do Ministro Benedito Gonçalves. O processo, originalmente, versava sobre a obrigatoriedade do Estado em fornecer medicamentos não contemplados pela portaria 2.982/09 do Ministério da Saúde (Programa de Medicamentos Excepcionais).

No entanto, no acórdão da Questão de Ordem na Proposta de Afetação no Recurso Especial feita pelo relator, publicado em 31 de maio de 2017, a controvérsia foi adequada para versar sobre a obrigatoriedade do Poder Público de fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do Sistema Único de Saúde (SUS). Neste mesmo acórdão, o colegiado da 1ª seção do Superior Tribunal de Justiça decidiu por unanimidade afetar o recurso ao rito do art. 1.036 e seguintes do CPC/2015, nos termos da proposta de afetação apresentada pelo relator.

Diante deste quadro, a presente pesquisa se propõe investigar os reflexos desta decisão sobre os processos em andamento no Município de Juiz de Fora - MG, local da realização do estudo. A metodologia utilizada consistirá na análise da referida decisão e as possíveis influências nos julgados prolatados neste Município. Para tanto, optou-se pelo exame dos períodos compreendidos entre junho/2015 e dezembro/2015, junho/2016 e dezembro/2016 e junho/2017 e dezembro/2017. Tal escolha deu-se com o intuito de confrontar o período compreendido entre o mês subsequente à decisão do STJ, ocorrida no final do mês de maio de 2017, e dezembro daquele ano, com os períodos correspondentes ao mesmo intervalo temporal dos dois anos anteriores, de modo a encontrar as possíveis alterações que a afetação do recurso ao rito do art. 1.036/CC, trouxe à cena fática das decisões do Município.

Urge caracterizar o presente trabalho como um estudo empírico, cujo objetivo é, por meio de uma análise comparativa dos referidos períodos, encontrar um diagnóstico sustentado por inferências descritivas, guiadas pelas Regras de Inferência de Epstein e King, que embasará o diálogo entre a literatura levantada. Como pesquisa empírica entende-se aquela que se baseia em observações do mundo, ou seja, basta a pesquisa fundar-se em dados do mundo para ela ser empírica (EPSTEIN; KING, 2013).

Entretanto, não basta que a pesquisa seja empírica para que ela adquira relevância no campo científico ou mesmo que se possa atestar sua qualidade. A mera observação dos dados da realidade não é suficiente para se encontrar resultados válidos e confiáveis. Portanto, no presente estudo, utilizar-se-á as regras de inferência proposta por Epstein e King para se atestar a confiabilidade dos resultados obtidos.

Uma das regras suscitadas pelos autores consiste na replicabilidade. Isso quer dizer que outro pesquisador poderá alcançar os mesmos resultados obtidos na presente pesquisa sem quaisquer dados adicionais. Sendo assim, importa explicar detalhadamente cada passo dado para obtenção dos dados.

O primeiro passo a ser dado para a realização da coleta de dados foi o acesso ao site do Tribunal de Justiça de Minas Gerais < <http://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/>>. Esse site permite,

em um dos seus links, realizar uma pesquisa avançada. Ao selecionar tal modalidade de pesquisa, abrir-se-á uma nova guia, permitindo então, selecionar o Município de Juiz de Fora – MG, as datas de publicação das sentenças como anteriormente mencionadas e o termo medicamento, objeto de análise nas sentenças. Em seguida, apareceram todas as sentenças, sendo analisadas uma a uma, para compreender a realidade do Município e os efeitos que nele repercutiram após a decisão do STJ.

O substrato teórico utilizado no estudo é o Direito como Integridade proposto por Ronald Dworkin. Em uma comunidade de princípios, seus integrantes “aceitam que seus destinos estão fortemente ligados da seguinte maneira: aceitam que são governados por princípios comuns, e não apenas por regras criadas por um acordo político” (DWORKIN, 2010, p. 253). Tal premissa se torna pressuposto de existência de tal comunidade, cujo sentimento de pertencimento de seus integrantes se torna forte o suficiente para constituir um consenso acerca de seus valores comuns. Logo, para esta comunidade, todos devem ser tratados com igual consideração e respeito. É nesse contexto que se materializa a integridade, que ao lado da justiça e equidade, formam as três principais virtudes políticas de uma comunidade de princípios.

Para Freitas e Colombo (2017), a integridade pode ser analisada sobre duas óticas: a integridade como princípio e como limite. A primeira refere-se à exigência de coerência com a história da prática institucional, já a segunda impõe às novas decisões o dever de consistência com os direitos, as leis e os precedentes judiciais já existentes. Desse modo a integridade pode ser considerada como o compromisso dos juízes de agir de modo coerente e fundamentado em princípios, com todos os seus cidadãos. Todavia, para que essa coerência seja alcançada, Dworkin aponta que a interpretação judicial deve ser feita de maneira linear, se preocupando com as decisões do passado, sem se ater somente a elas.

Para tanto, o autor faz uma analogia entre a complexidade da prática judiciária de interpretação e aplicação do Direito em casos difíceis e a complexidade da confecção de um romance escrito por vários autores distintos, onde cada um é responsável por um capítulo separado, devendo continuar a elaboração do romance de onde seu antecessor parou, com a finalidade de criar da melhor forma possível o romance em confecção, como se fosse obra de um único autor.

Desse modo, partindo da premissa teórica oportunizada pelo Direito como integridade no contexto da interpretação judicial do Direito, cuja materialização aporta-se na coerência com a história da prática institucional na nossa sociedade aliada com a consistência dos direitos, leis e precedentes judiciais existentes, poderemos realizar a análise dos dados coletados, permitindo uma verificar a existência de uma coerência entre as decisões prolatadas na Comarca de Juiz de Fora e as determinações do Superior Tribunal de Justiça, no que tange à concessão de medicamentos não contemplados pelas portarias do SUS.

Por se tratar de uma pesquisa ainda em andamento, não é possível aferir um diagnóstico definitivo acerca da análise dos dados. Entretanto, em um exame preliminar, não encontramos evidências que apontem para uma diminuição de sentenças prolatadas no período avaliado do ano de 2017 em relação aos períodos relativos aos anos anteriores em análise. Tal fato mostra-se preocupante, na medida em que se espera uma diminuição quantitativa de sentenças prolatadas, devido à suspensão dos processos ocasionada pela afetação. O que pode nos levar a inferir uma incompatibilidade da atuação de Tribunais de 1ª instância com a atuação de Tribunais Superiores.

Referências Bibliográficas

DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

EPSTEIN, L; KING, G. Pesquisa Empírica em Direito: as regras de inferência. São Paulo: Direito GV, 2013.

FREITAS, Vladimir Passos de; COLOMBO, Silvana Raquel Brendler. A dimensão interpretativa do Direito como Integridade a partir de Ronald Dworkin. Revista Direito e Liberdade, 01 abr 2017, v. 19 (1), p. 321-349. Disponível em: <<https://doaj.org/article/2971dc9894ff414f93f58b601beba60a>>. Acesso em: 27 abr. 2018.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/portal/>> Acesso em: fev. 2018.

38. A DETURPAÇÃO DO MÉTODO: uma análise sobre o programa de indenização mediada da fundação renova

Nathane Fernandes Da Silva
Lucas Tosoli de Souza
Luiza Carla Medeiros Nascimento

Palavras-chave: Autocomposição; Mediação; Aplicação prática; Programa de Indenização Mediada.

Considerações iniciais

Em 2015 ocorreu o desastre socioambiental de maior impacto neste País. O rompimento da barragem de Fundão em Mariana resultou na desolação do distrito de Bento Rodrigues, deixando um rastro de destruição em Minas Gerais e no Espírito Santo. Foram mais de 34 milhões de metros cúbicos de rejeitos lançados ao ambiente, resultando em dezenove mortes e uma quantidade imensurável de vítimas diretas e indiretas (IBAMA, 2015).

Mediante a repercussão nacional e a falta de respostas, a população passou a buscar judicialmente as indenizações e possíveis reparações aos danos sofridos. Foram inúmeros processos contra a Samarco ao passo que houve um sobrecarregamento de demandas sobre o tema. A congestão processual causada pelo volume de demandas fundadas na mesma causa levou à suspensão para uniformizar o entendimento jurisprudencial.

Paralelo a este contexto judiciário funciona a Fundação Renova, criada como um meio de viabilizar a reparação dos danos de forma extrajudicial. A fundação atua em 42 programas independentes nas áreas ambientais e sociais, em ações que vão desde a reparação dos biomas até programas de solução consensual e indenização mediada.

De maneira geral, a proposta de atuação da entidade da forma como se apresenta é interessante na viabilização célere de solução dos problemas sem depender do sistema judiciário sobrecarregado. No entanto, há de se observar se a realidade de desenvolvimento dos projetos de reparação de danos (nestes casos, a indenização mediada) corresponde à proposta da empresa, com o sistema de técnicas construído para os meios consensuais de resolução de conflitos e com uma ideia de Direito democrático pautado na participação e promoção dos direitos fundamentais.

O problema do acesso à justiça

O século XX foi marcado pelas reivindicações de direitos de grupos marginalizados e o surgimento do Welfare State. Embora ocorrida uma abertura de direitos, há dificuldades no acesso a estes justamente pelas classes que mais demandam. Obstáculos se colocam especialmente a partir de uma tripla vitimização, onde processos cotidianos simples acabam por ser os mais custosos e morosos. Essas amarrações alçam aspectos econômicos, sociais e culturais (SANTOS, 1994. p.18-19).

Para facilitar o acesso à justiça nesse cenário de superlotação do sistema judiciário, os métodos dos consensuais surgiram como uma saída pela autocomposição. Por autocomposição entende-se solução do conflito construída em conjunto por meio da consensualidade e não por imposição da decisão do juiz (SILVA, 2015, p.404). Esta alternativa fortalece a participação das partes e que facilita o acesso com menor demanda de tempo e recursos.

O contexto da região do rio Doce após o desastre de 2015 é marcado por vulnerabilidade. Uma população em maioria pouco instruída, muitas vezes dependente da pesca ou agricultura e marcada por estigmas sociais é agora fragilizada pela instabilidade de uso seguro da água. A procura pelos meios autocompositivos se coloca como uma possibilidade de efetivar direitos inacessíveis.

Entretanto, a própria atuação dos meios institucionais do PIM (Programa de Indenização Mediada) é excludente e restrito, impondo uma série de limitações ao público. Mesmo tendo acesso ao programa, de início já é determinada a categoria da pessoa, os problemas a serem indenizados e os termos pelos quais se dará (inclusive o valor), restando à pessoa apenas aceitar/recusar a proposta.

Há uma alta demanda de impactado, mas frequentemente limitações de acesso impostas pela própria empresa restringem o acesso justamente dos mais vulneráveis.

Mediação e acesso à justiça

A mediação surgiu nos EUA a partir da insatisfação com a morosidade e custos do sistema judicial. É recomendada para conflitos nos quais existe entre as partes um vínculo que permanecerá ainda que sem a vontade destas. Constrói-se com a intervenção moderada de um terceiro (o mediador). Este atua sem poder de proposição e pouco controle sobre os resultados.

O objetivo da mediação é reestabelecer a comunicação entre as partes com a reconstrução dos laços sociais rompidos, buscando uma solução mutuamente construída. O mediador usa técnicas de escuta ativa para direcionar o conflito de maneira equidistante. Sua atuação deve facilitar a comunicação dialógica e “prevenir ou limitar o conflito destrutivo” (DEUTSCH, 2003, p.78).

Importante comentar que a atuação neutra do mediador não impede que atue de maneira ativa para informar às partes sobre informações necessárias para o efetivo equilíbrio da comunicação. As amarras sociais que muitas vezes impedem o acesso de grupos à justiça podem preponderar ainda no âmbito dos métodos consensuais, por um desequilíbrio informativo entre as partes.

Fundação renova

A Fundação Renova surgiu com termo de ajustamento de conduta entre a Samarco e o governo federal e órgãos públicos ambientais. Nesse termo foi estabelecido que para melhor divisão dos métodos para reparação de impactos a fundação atuaria em três eixos temáticos: pessoas e comunidade; terra e água; reconstrução e infraestrutura.

A fundação conta com o apoio de 42 programas divididos pelos eixos acima. A parte referente as indenizações se encontra no primeiro eixo, de pessoas e comunidade, onde se encontra o Programa de Indenização Mediada (PIM).

O programa atua em duas vertentes: uma para reparação do dano da falta de abastecimento de água em cidades onde o rio Doce é principal fonte de captação hídrica; outra que engloba os danos gerais daqueles que foram impactados para além da falta de abastecimento, como grupos de pescadores e agricultores que dependiam do solo ou do rio para a subsistência da família. O impacto alcança também grupos indígenas, para além das questões econômicas. Para estes, o rio Doce é mais que uma fonte de renda, mas o local de lazer e de autoafirmação de dignidade para os ribeirinhos em sua identidade.

Funcionamento do PIM

O PIM é um meio extrajudicial que se utiliza de técnicas da mediação para propor aos impactados acordos referentes aos danos sofridos. Em maioria, são pessoas vulneráveis que se veem à mercê de uma solução superficial oferecida pela fundação.

Os mediadores, ditos imparciais, conduzem as sessões que tem também a figuração do impactado e de um representante da fundação. Frente às inseguranças dos impactados, muitas vezes vão acompanhados de um advogado, para instruí-los.

O fato é que por ser um método autocompositivo e extrajudicial, a figura do advogado não interfere nos valores de proposta da fundação, haja vista que o próprio cenário de vulnerabilidade dos impactados favorece com que advogados se aproveitam da facilidade do serviço e do perfil dos impactados para cobrarem taxas abusivas.

Como descrito no site da fundação (RENOVA, 2015), o PIM se dá por meio de quatro reuniões, sendo a última a de proposta. Nesta reunião são apresentados os cálculos feitos pelos analistas da fundação, juntamente com um termo, chamado de “termo de conciliação”. O nome do termo gera confusões quanto ao método utilizado pela fundação, haja vista que tanto conceitualmente quanto no que se refere as técnicas, mediação e conciliação não se misturam.

A escolha do método, portanto, ocorreu de forma equivocada. É perceptível em vista o propósito já citado da mediação em preservar os laços e vínculos que existem entre as partes, devolvendo entre elas a solução conjunta de seus conflitos de forma construtiva. O cenário que subjaz o PIM, demarca a deturpação da mediação enquanto um método autocompositivo. O objetivo se torna a atingir metas de acordos que a serem cumpridas.

Não há o empoderamento das partes, o incentivo ao diálogo e a preservação da autonomia da vontade. É questionável mesmo a imparcialidade dos mediadores e a análise feita para chegar nos valores da proposta. Não é possível ao impactado insurgir contra o que vem pré-estabelecido, visto o desequilíbrio de informações entre as partes.

Considerações Finais

A utilização de autocomposição seria interessante no cenário pós desastre da barragem em 2015 se sua aplicação contribuísse para o empoderamento das partes na efetivação justa de acordos consensuais. Entretanto, o que se observa é uma deturpação do método para uma consensualidade falaciosa, na qual o produto final se aproxima mais de um contrato de adesão do que uma deliberação autocompositiva.

Considerando o cenário de vulnerabilidade da população alvo do programa, uma atuação mal instruída e arbitraria atua na verdade como instrumento de fragilização de direitos, na contramão da proposta emancipadora dos métodos autocompositivos. A escolha metodológica se mostra equivocada e pouco eficiente, se confrontada ao cenário de vulnerabilidade social a que é aplicada.

Referências Bibliográficas

DEUTSCH, Morton. A Resolução do Conflito. In: AZEVEDO, André Gomma de (org.). Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação – Vol. 2 Parte II.. Brasília, Grupos de Pesquisa, 2003.

IBAMA. Laudo Técnico Preliminar. Novembro de 2015. Acesso em 30/04/2018. Disponível em:

<http://www.ibama.gov.br/phocadownload/barragemdefundao/laudos/laudo_tecnico_preliminar_Ibama.pdf>

SANTOS, Boaventura de Souza. Introdução à Sociologia da Administração da Justiça. Revista Crítica de ciências sociais, nº21, Novembro de 1986. p.11-37. Reed. In SANTOS, Boaventura de Souza. Pela Mão de Alice. O Social e o Político na Pós-Modernidade, Porto, Afrontamento. 1994. P 141-161.

SILVA, Nathane Fernandes da. UM PARADIGMA FUTURO DE REGULAÇÃO SOCIAL: A MEDIAÇÃO PARA ALÉM DAS MESAS REDONDAS. In: Maillart, Adriana Silva. Diz, Jamile Bergamaschine Mata. Gaglietti, Mauro José (coord.). Justiça mediática e preventiva. Florianópolis: CONPEDI, 2015, 394-409. Disponível em <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/0j0ub037/jlXo1x9Z88DV48me.pdf>>

RENOVA. Ressarcimento e Indenização dos Impactados. 2015. Acesso em 02/05/2018. Disponível em: <<http://www.fundacaorenova.org/programa/ressarcimento-e-indenizacao-dos-impactados/>>

39. O CARÁTER EXTRAFISCAL DAS ISENÇÕES: a diferença de tratamento entre as micro e pequenas empresas e as empresas de grande porte

Elizabete Rosa De Mello
Anna Flávia Aguilar
Flávia Fontainha Santos

Palavras-chave: Isenções; extrafiscalidade; tributário

O caráter extrafiscal das isenções: a diferença de tratamento entre as micro e pequenas empresas e as empresas de grande porte.

Atualmente, a sociedade brasileira vive o que muitos intitulam de crise econômica, que perpassa também por uma grave crise política. Além destas, tem se visto cada vez mais evidente uma crise fiscal de modo que a arrecadação dos tributos seja pela União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, não tem sido suficiente para suprir as carências das respectivas localidades. É de se ressaltar que cada tributo tem sua destinação precípua e os impostos, por exemplo, não têm o condão de viabilizar contraprestações por parte do Estado aos indivíduos.

Apesar de se entender que não há obrigatoriedade de contraprestação por parte do Estado ou que cada tributo está afeto a uma finalidade específica, importante questionar em que medida a tributação dos entes estatais é justa e promove a garantia de direitos fundamentais constantes da Constituição Federal.

Nesse sentido é que a presente pesquisa se faz necessária, já que se deve observar como a tributação brasileira efetiva garantias fundamentais e para, além disso, como a tributação de grandes empresas ou empresas de grande porte tem servido à sociedade. Parte-se do pressuposto de que um sistema tributário favorável é aquele que cumpre na maior medida possível com o financiamento de atividades estatais, possibilita uma justa distribuição da renda, uma equalização das atividades regionais e a justa repartição das receitas entre os entes federados, com base no princípio do Federalismo, que é fundamento constitucional.

Partindo dessa concepção, o trabalho se aterá a analisar em que medida a tributação das grandes empresas situadas em território brasileiro distorcem o conceito de justa tributação e revelam discrepâncias se comparadas aos incentivos e isenções observadas pelas micro e pequenas empresas. Isto é, o que se tem muitas vezes é um prejuízo de ordem social, mas também econômica, aos quais se pretende adentrar com maior profundidade ao longo da construção da pesquisa e da produção de artigo científico.

Os objetivos desta pesquisa são: abordar a diferença de tratamento de micro e pequenas empresas para grandes empresas no que concerne à concessão e consequências da isenção tributária; verificar a existência ou não de contraprestação dessas empresas isentas para a sociedade, dada a extrafiscalidade das isenções; discutir as questões políticas que estão no plano de fundo dessas concessões, bem como um potencial prejuízo ao pacto federativo; e a partir destes, investigar um padrão de equidade que satisfaça os interesses de toda empresa, seja ela grande ou pequena porte de modo a privilegiar a garantia fundamental de uma tributação justa.

A metodologia que se pretende utilizar para o desenvolvimento do trabalho é o método dedutivo, uma vez que se parte de uma situação geral, qual seja, as isenções de grandes empresas, para gerar uma particularização ao final, de modo a propor soluções às desigualdades que impedem a efetivação de uma tributação justa. Parte-se de uma abordagem qualitativa do tema, através de pesquisas bibliográficas e eventualmente, estudos de caso – que poderão exemplificar empresas beneficiárias das isenções e de que forma elas desempenham suas funções de contraprestação à sociedade.

No que concerne ao tema central da pesquisa, o objeto é a isenção, de maneira que se faz necessário sua conceituação e exposição de por que se traz a tona essa modalidade de exclusão do crédito tributário. A isenção é definida no art. 176 do Código Tributário Nacional e se trata de uma dispensa do pagamento do valor do tributo devido em razão da sua extrafiscalidade ou de capacidade contributiva do contribuinte, sendo ela definida previamente por lei.

O trabalho tem como foco a perspectiva de extrafiscalidade das isenções, isso porque é através dela que se possibilita o alcance de uma tributação calcada nos princípios da igualdade e da justiça. Na abarcada lógica extrafiscal, a Tributação Justa tem como objetivo o atendimento das necessidades de caráter público e dos parâmetros constitucionais (MELLO, 2013).

Como definição, o tributo que não almeja, prioritariamente, prover o Estado dos meios financeiros adequados a seu custeio, mas antes visa ordenar a propriedade de acordo com a sua função social ou intervir em dados conjunturais (injetando ou absorvendo a moeda em circulação) ou estruturais da economia, pode ser considerado como extrafiscal (BALEEIRO, 1999).

Observa-se que essa função é de grande relevância, uma vez que possibilita o tratamento distinto e privilegiado para as microempresas e para empresas de pequeno porte (art. 146, III, d e parágrafo único, CRFB/88), também conhecido como regime de tributação unificado, denominado Simples Nacional, bem como justifica a atuação da Administração Pública a conceder benefícios fiscais, como a isenção, para atingir propósitos relevantes de natureza social, econômica e até mesmo, política.

O objetivo do Estado quando concede isenções com o olhar sobre a extrafiscalidade é possibilitar, ou pelo menos deveria ser, o impulso de determinados comportamentos de interesse em políticas socioeconômicas.

A concessão de isenções pode variar conforme o território e a região que se queira atingir, ou seja, pode haver uma regionalização das isenções, de acordo o ente da Federação que a conceda (SILVA, 2007). Entretanto, em razão da extrafiscalidade, os efeitos dessa concessão legislativa podem ser sentidos em toda extensão territorial e, portanto, faz-se necessária atenção especial ao modo como serão aplicadas essas isenções e principalmente, sobre como serão executadas as contraprestações que deveriam advir delas.

Uma das grandes preocupações que se observa ao permitir as isenções, é quanto ao estímulo às guerras fiscais entre os estados e entre os municípios, assim como o risco causado à manutenção do pacto federativo.

A desoneração tributária da atividade econômica privada, a qual pode ser realizada por meio das isenções fiscais, é denominada legalmente como renúncia de receita (art. 14, §1º, LC 101/2000). A preocupação se dá à medida em que se tem por base o princípio da isonomia, isso porque a Constituição Federal determina em seu art. 165, §6º, que deverá ser apresentado no projeto de lei orçamentária, o demonstrativo dos efeitos decorrentes de isenções.

Dessa forma, necessária se faz a verificação da contrapartida que onere a pessoa jurídica, beneficiária da referida isenção, para evitar incorrer no fenômeno que pode ser denominado de privatização dos tributos, em que toda a coletividade contribui financeiramente com recursos individuais que serão destinados à atividade econômica privada, como se esta por si só não fosse capaz de gerar riquezas (SALEMA, 2013).

Quanto à guerra fiscal, em que os entes federativo concorrem entre si, oferecendo benefícios às empresas, para trazer determinada atividade econômica à sua região, tem-se que poderá ser prejudicial pois os entes poderão reduzir seus instrumentos de governabilidade em prol do recebimento dessa atividade, quando muitas vezes não ocorre o retorno do investimento à sociedade.

No que tange ao pacto federativo, deve-se observar o impacto dessas isenções no momento da repartição de receitas. A título de exemplo, as desonerações concedidas pelo

governo federal influenciam no valor destinado aos Fundos de Participação dos Estados (FPE) e de Participação do Município (FPM), com isso, municípios que dependem dessa verba para a manutenção de sua máquina administrativa ficariam prejudicados.

Ao traçar um comparativo entre as isenções fiscais concedidas às grandes empresas e o tratamento dado à micro e pequenas empresas, visa-se destacar o fato de que um benefício é denominado como renúncia de receita, sendo empresas com alta capacidade contributiva, e no Simples Nacional há a redução da carga tributária, mas não sua inexistência, e de que forma ocorre a efetivação da tributação justa.

O que se tem em suma é a importância do caráter socioeconômico – do qual não se pode prescindir - das isenções, oriundo da extrafiscalidade, vez que através delas se impulsiona as empresas a produzir mais, e com isso há geração de empregos, pelo menos a princípio. Com isso, há mais capital no mercado e mais gente participando ativamente da economia, seja consumindo, seja produzindo.

Ademais, deve-se buscar no plano social, além dos impactos benéficos trazidos pelas isenções, como a geração de empregos, também a concretização das contraprestações exigidas nas concessões desses benefícios, de forma a se evitar que as isenções funcionem apenas como lucro para as empresas beneficiadas.

Referências Bibliográficas

BALEEIRO, Aliomar. Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar. 7. ed. Atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 576-577.

BRASIL. Código Tributário Nacional. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172.htm> . Acesso em: 26 abr. 2018.

_____. 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: 26 abr. 2018.

_____. Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm>. Acesso em: 26 de abr. 2018.

CEZNE, Andrea Nárriman; FURLAN, Marina. A concretização da justa tributação pela capacidade contributiva. Disponível em: <<http://www.periodicos.ulbra.br/index.php/direito/article/viewFile/2530/1761>> Acesso em: 26 abr 2018.

COSTA, Carlos Adriano da. A extrafiscalidade tributária na concretização do bem estar social. Disponível em: <https://sisweb.tesouro.gov.br/apex/cosis/monografias/obtem_monografia/809> Acesso em: 26 abr 2018.

FERREIRA, Alexandre Henrique Salema. Análise Econômica do Direito e Renúncias de receitas. Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/14318/analise-economica-do-direito-e-renunciasde-receitas/print>> Acesso em: 26 abr 2018.

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

SILVA, Daniel Cavalcanti. A finalidade extrafiscal do tributo e as políticas públicas no Brasil. Disponível em:

<<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/prisma/article/viewFile/218/219>>. Acesso em: 26 abr. 2018.

40. O ICMS DO ESTADO DE MINAS GERAIS: inconstitucionalidades, ilegalidades e restituição de valores pagos indevidamente

(Refere-se ao projeto de pesquisa Homônimo)

Elizabete Rosa De Mello
Emanuel Matheus Sporch Ferreira

Palavras-chave: icms- imposto indireto- contribuinte de fato- restituição- indébito tributário- enriquecimento sem causa

O ICMS do estado de Minas Gerais: inconstitucionalidades, ilegalidades e restituição de valores pagos indevidamente.

A linguagem do Direito é uma linguagem técnica, ela foi construída a fim de proporcionar aos juristas ferramentas com as quais possam trabalhar com os conceitos e categorias jurídicas de modo rigoroso; não chega a ser hermética, mas a tecnicidade de sua terminologia a torna pouco compreensível aos leigos o que pode comprometer o exercício de direitos subjetivos conferidos pelo legislador aos contribuintes, pois muitos cidadãos podem desconhecê-los.

Nesse sentido, constata-se que a ausência de transparência fiscal pode ser perniciosa ao Estado Democrático de Direito, pois cria incentivo ao cometimento de atos arbitrários e ilegais por parte da Administração Pública ao proporcionar a ela a certeza de que os contribuintes não manejarão os meios administrativos e judiciais contra esses atos, diante da ausência de conhecimento de seus direitos.

A situação fática acima descrita motiva esta pesquisa, oriunda do PROGRAMA INSTITUCIONAL DE BOLSAS DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA: XXX BIC/UFJF-2017/2018, que trata do ICMS (imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior) e da restituição de valores pagos indevidamente a título deste imposto e que tem como objetivos: (a) conhecer o ICMS, especialmente no âmbito da legislação e tributação estadual de Minas Gerais, seus fatos geradores e princípios incidentes; (b) identificar inconstitucionalidades e ilegalidades na legislação do Estado de Minas Gerais para propor alterações; (c) entender a sistemática da repetição do indébito do ICMS; (d) elaborar um folheto informativo eletrônico com informações a respeito da restituição do ICMS nas esferas administrativa e judicial. Atualmente o pesquisa está na fase do item c.

Considerando-se os objetivos da investigação, trata-se de pesquisa com metodologia descritiva, documental, orientada pelo modelo crítico-dialético.

O ICMS foi estabelecido pelo legislador constituinte por meio do art. 155, inciso II, da Constituição, trata-se de imposto de competência estadual e distrital o que não impede a União de instituí-lo nos Territórios Federais e “na iminência ou no caso de guerra externa”, por conta do disposto nos arts. 147 e 154, II, da CF.

Carrazza (2011, p. 37) entende que ele comportaria, ao menos, cinco impostos diferentes:

“[...] a) imposto sobre operações mercantis (operações relativas à circulação de mercadorias), que, de algum modo, compreende o que nasce da entrada, na Unidade Federada, de mercadorias importadas do exterior; b) o imposto sobre a prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal; c) o

imposto sobre serviços de comunicação; d) o imposto sobre produção, importação, circulação, distribuição ou consumo de lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos e de energia elétrica; e) o imposto sobre extração, circulação, distribuição ou consumo de minerais”.

Discordamos do autor nesse ponto, o imposto é único apesar de sua estrutura conter vários “núcleos” de tributação distintos que se referem aos vários tipos de serviços e operações sobre as quais ele incide. Nesse sentido, verifica-se o ICMS-importação, ICMS-transporte, ICMS-comunicação. Todos os “núcleos” reportam-se, sempre, aos princípios da não cumulatividade (art. 155, § 2º, I, CF) e da seletividade (art. 155, § 2º, I, CF) o que corrobora o entendimento que sustenta ser o ICMS um só imposto.

Por abarcar esses vários núcleos de tributação, a estrutura do ICMS é em si complexa, o que, ao menos em parte, explica a existência das várias inconstitucionalidades encontradas nos textos normativos que tratam deste imposto e as frequentes exigências fiscais sem fundamento legal/constitucional.

Nesse sentido, ressalta-se a inclusão do valor deste imposto na sua própria base de cálculo, por conta do disposto no art. 13, § 1º, I, LC 87/1996, dispositivo claramente inconstitucional por ferir a regra matriz de incidência do ICMS (CARRAZZA, 2011) que trata de específicas operações mercantis e certos serviços e não sobre valores pagos a título deste imposto, ressalvada a exceção constitucional que estabelece integrar a base de cálculo o montante do imposto incidente sobre importações de bem, mercadoria ou serviço do exterior.

Nota-se, ainda, a inconstitucional alíquota do ICMS incidente sobre energia elétrica no percentual de 30% (art. 12, I, g.2, Lei 6.763/75) que afronta o princípio da seletividade ao considerar a energia elétrica tão essencial quanto bebidas alcoólicas (art. 12, I, g.1, Lei 6.763/75) e menos essencial que fogos de artifício, armas e munições (art. 12, I, a, Tabela anexa F, itens 3 e 4, Lei 6.763/75). Não se argumente que o art. 155, §2º, III, estabeleceu que o ICMS “poderá” ser seletivo, admitir isso equivale a esvaziar o conteúdo do comando constitucional ferindo a disposição do legislador constituinte que se tivesse desejado deixar a aplicação do princípio da seletividade segundo a vontade do legislador ordinário nem o teria mencionado. Com base em fundamentos semelhantes, o TJRJ, na Arguição 2008.017.00021 suscitada na 18a. Câmara Cível, reconheceu a inconstitucionalidade do art. 14, inciso VI, alínea b da Lei Estadual 2.657/96 do Rio de Janeiro, com nova redação dada pela Lei 4.683/2005 desse mesmo Estado que fixou a alíquota do ICMS para operações com energia elétrica em 25%.

As várias hipóteses de exigências inconstitucionais e ilegais de valores a título de ICMS, dentre elas os exemplos que nos referimos acima, farão surgir a figura do indébito tributário que consiste no valor que foi efetivamente entregue ao Fisco e que não era devido segundo as normas do Direito Tributário. Esta figura surgirá também sempre que o contribuinte incorrer em erro, seja ao pagar valores a título de tributo quando não tenha ocorrido, na realidade fenomênica, o fato gerador, seja ao pagar valores maiores que o devido por conta de erro na apuração do quantum debeatur.

O indébito tributário será sempre restituível, não importa se ele se originou de exigência indevida por parte do Fisco ou por conta de erro do contribuinte, isso por força do princípio da vedação do enriquecimento sem causa que impede o Estado de locupletar-se sem justo motivo (sem permissão constitucional/legal) em detrimento dos cidadãos. Este princípio originara-se das elaborações dos juriconsultos romanos (Mörschbacher, 1998) e foi acolhido pelo código civil no seu art. 884, aplica-se integralmente ao Direito Tributário até porque atua reforçando o princípio da legalidade ao conferir segurança aos contribuintes. Em homenagem ele, o CTN nos seus arts. 165 a 169 dispõe sobre a restituição do indébito tributário e assim espanca qualquer dúvida sobre o direito de o contribuinte ser ressarcido.

A restituição de valores pagos a título de ICMS, no entanto, merece ressalva especial uma vez que este imposto é considerado indireto e a restituição do indébito ocasionado pelo pagamento de valores a título deste tipo de imposto gerou controvérsias na jurisprudência.

Os impostos indiretos são aqueles cujo encargo financeiro não é suportado pelo contribuinte determinado pela lei (contribuinte de jure), mas é suportado por um terceiro (contribuinte de fato) que o recebe por transferência.

Muitas teorias foram formuladas ao longo do tempo para distinguir os impostos diretos dos indiretos, entre elas: teoria da repercussão econômica, teoria do lançamento, teoria dos fatos geradores, teoria da ficção legal, teoria dos campos econômicos imponíveis (Mörschbacher, 1998).

Estas teorias não apontam o verdadeiro critério distintivo entre os impostos diretos e indiretos que se constitui pela possibilidade de se identificar qual indivíduo foi o contribuinte de fato e qual foi o valor do encargo suportado por ele. Este é o verdadeiro critério porque a distinção de impostos entre diretos e indiretos tem um propósito: indicar o legitimado a pedir a restituição.

A restituição do indébito tributário indireto gerou, como mencionado anteriormente controvérsias na jurisprudência, o verbete 71 da Súmula do STF estabelecia que embora pago indevidamente, o tributo indireto não era restituível. Tal entendimento prevaleceu durante algum tempo no pretório excelso, contudo, foi contrariado nos julgamentos do RE 45.977 e do RE 58.290 o que motivou a edição do verbete 546 que passou a admitir a restituição do indébito tributário indireto desde que o contribuinte de jure provasse não ter recuperado do contribuinte de fato o valor pago indevidamente, entendimento encampado pelo art. 166 do CTN com um acréscimo, no sentido de que: o contribuinte de jure poderá obter a restituição ainda que não tenha recuperado do contribuinte de fato o valor pago indevidamente, desde que esteja por ele autorizado.

Apesar de o CTN atribuir ao contribuinte de jure a legitimidade para postular a repetição do indébito nas hipóteses taxativas do art. 166, ele permaneceu silente -assim como a legislação tributária federal e legislação do Estado de Minas Gerais- sobre a legitimidade de o contribuinte de fato postulá-la, o que não a ilide, conforme entendimento da jurisprudência do STJ, como no julgado do AgRg no AGRADO DE INSTRUMENTO Nº 1.347.264 - MG (2010/0161503-2).

Referências Bibliográficas

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.

AVILA, Antonio Augusto. ICMS – base de cálculo revisitada. Rio Grande do Sul: Núria Fabris, 2009.

BALEEIRO, Aliomar. Direito Tributário Brasileiro. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BRASIL, Francisco de Souza. O ICM e os impostos sobre vendas no Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

CARDOSO. Anderson Trautmann. Não-cumulatividade do ICMS – dimensão normativa e eficácia. Rio Grande do Sul: Livraria do Advogado, 2009.

CARRAZZA. Roque Antônio. ICMS. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

GODOI. Marciano Seabra. Críticas à jurisprudência atual do STF em matéria tributária. São Paulo: Dialética, 2011.

JORGE. Társis Nametala Sarlo. Manual do ICMS – Direito Tributário material, processual e Direito Penal Tributário. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

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.

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

MÖRSCHBÄCHER, José. Repetição do Indébito Tributário Indireto. 3 ed. São Paulo: Dialética, 1998.

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

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

_____. Responsabilidade e substituição tributárias. 13. ed. Rio Grande do Sul: Livraria do Advogado, 2012.

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

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

SANCHES, José Luís Saldanha Sanches. Justiça Fiscal. Portugal: Ensaio da Fundação Francisco Manuel dos Santos, 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.

_____. Normas de Interpretação e Integração do Direito Tributário. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário: Constituição Financeira, Sistema Tributário e Estado Fiscal.V.I. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

VASQUES. Sérgio. O princípio da equivalência como critério da igualdade tributária. Coimbra: Almedina, 2008.

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

41. ANÁLISE DA APLICAÇÃO DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS SOB A ÓTICA DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL: estudo do centro socioeducativo São Francisco de Assis de Governador Valadares.

Braulio De Magalhaes Santos
Alexandra Gonçalves Cesário da Silva
Nayara de Castro Ramos

Palavras-chave: Princípio da proteção integral; Criança e Adolescente; Lei nº 8.069, de 13 de Julho de 1990; Medidas Socioeducativas; Centro Socioeducativo São Francisco de Assis.

Introdução

O debate sobre crianças e adolescentes, de modo geral, sempre foi marcado por uma retórica, até mesmo velada, que considera sempre o pátrio poder como referência nas direções das políticas públicas até então adotadas, sobretudo no tocante à proteção integral. Desde muito antes da Constituição Federal de 1988, por exemplo, com o Código de Menores, isso tem sido a tônica e, em grande medida, coloca-se como entrave aos avanços esperados e necessários ao tema proteção e ao segmento infância e juventude. Com isso, não é arriscado afirmar que há certa objetificação das vidas deste segmento.

Em consonância com essa posição inicial tinha-se uma construção como seres a-sujeitos. Devido a essa concepção às crianças e adolescentes era permitido à contratação dos mesmos como meros trabalhadores, não garantindo condições mínimas que propiciavam o seu desenvolvimento enquanto criança ou adolescente.

A Constituição Federal de 1988, atendendo os anseios e o amplo movimento social dos defensores da criança e adolescente, estabeleceu em seu artigo 227º, como dever da família, da sociedade e do Estado propiciar meios que garantem o desenvolvimento em todas as esferas que são fundamentais às pessoas. Essa previsão, já aponta para a adoção do princípio da proteção integral, a qual posteriormente foi confirmada no artigo 1º do Estatuto da Criança e Adolescente (ECA).

Essa previsão constitucional coloca um novo paradigma jurídico, político e social, isto porque, passasse a reconhecer criança e adolescente como sujeitos de direitos. Essa inclusão demonstra a mudança de compreensão da criança e adolescente, os admitindo estar em fase de desenvolvimento, no qual é necessário fornecer liberdade, dignidade e condições mínimas para que ocorra de maneira integral.

Entretanto, esse novo paradigma vem sofrendo deturpações em relação à mudança de compreensão de entendimento sobre criança e adolescente. Um exemplo disso é a proposta de Emenda Constitucional 33/2012 que visa à redução maioridade penal de 18 anos para 16 anos. Esta proposta desencontra com a consideração que os mesmos ainda estão em desenvolvimento, enfrentando assim, muitos retrocessos, entraves e limitações, sobretudo no tocante à proteção.

Em 13 de Julho de 1990, foi sancionado o ECA, no qual veio com o objetivo de reforçar a importância social desta mudança de visão sobre as crianças e adolescentes. Assim, consagra a proteção integral que deve estar presente em todas as políticas que abordam e tratam de assuntos relacionados e correlacionados a esse grupo considerado socialmente vulnerável. Dessa forma, afirma o reconhecimento da criança e do adolescente como novos sujeitos de direitos, não cabendo mais o tratamento desigual, mas sim atendimento prioritário de todos (Adorno, 1993; Volpi, 2001 apud Paiva; Souza; Rodrigues, 2014).

Como parte dessa proteção integral, o ECA prevê a partir do artigo 112, medidas socioeducativas aplicáveis a adolescentes autores de atos infracionais, nos quais são condutas descritas analogicamente como crime ou contravenção penal. Essas medidas socioeducativas são aplicáveis, em regra, aos adolescentes entre doze a dezoito anos. A sua aplicação ocorre com a finalidade educativa aos adolescentes, já que estão em fase de desenvolvimento, principalmente, físico e mental.

Em vista da finalidade de sua aplicabilidade, tem-se como objetivo esta proposta de projeto de extensão, a análise do efeito e do emprego dessas medidas na cidade de Governador Valadares nos adolescentes que são submetidos. Para isso, utiliza como marco teórico as ideias de Juarez Cirino dos Santos a respeito dos adolescentes infratores.

Metodologia

Busca-se fazer uma análise completa do funcionamento do Centro Socioeducativo São Francisco de Assis – Governador Valadares/MG, com a coleta de informações relativas ao perfil de adolescentes, fluxos e processos de trabalho que identifiquem a efetividade desta proteção integral, recolhimento de dados sobre quantos menores estão cumprindo atos infracionais nessa instituição, além de, uma análise quanto às condições do local. Ademais, faz-se necessário uma revisão bibliográfica quanto aos estudos já realizados em Governador Valadares em referência a já citada instituição e aplicação. Pretende-se fazer uma interdisciplinaridade com outras áreas que contribuiria para propiciar uma reinserção dos mesmos e cuidados básicos.

Discussões

Análise geral a respeito das medidas socioeducativas no Brasil

As medidas socioeducativas aplicadas e previstas no ECA no artigo 112, são: Advertência; obrigação de reparar o dano; prestação de serviços à comunidade; liberdade assistida; inserção em regime de semi-liberdade; internação em estabelecimento educacional; e as previstas no artigo 101, do I a VI (BRASIL,1990).

Essas espécies de acordo com a Secretaria da Família e Desenvolvimento Social do Estado do Paraná, a escolha da medida socioeducativa é equivalente à gravidade do ato infracional, assim será aplicado aos atos inflacionais:

Leves: Advertência, reparação do dano, prestação de serviços à comunidade ou liberdade assistida; Graves: Reparação do dano, prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida ou semiliberdade; Gravíssimos: Reparação do dano, prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, semiliberdade ou internação (BRASIL, p.02, 2012).

O Brasil computava em 2010, segundo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), 17.502 adolescentes internados para 320 estabelecimentos que cumprem as medidas socioeducativas. Os dados demonstram que: "os estados com maior concentração de adolescentes por estabelecimento são Distrito Federal (com média de 163 adolescentes por estabelecimento), Bahia (126) e Rio de Janeiro (125)" (BRASIL, 2012). Entretanto, tais estabelecimentos, assim como, o sistema penitenciário, estão com superlotação, com taxa de ocupação de 102% nas unidades.

Análise quanto à situação de Governador Valadares – MG

A cidade de Governador Valadares, em Minas Gerais, situada no leste do Estado de Minas é pertencente à mesorregião do Vale do Rio Doce. Também conhecida como a Princesa

do Vale, foi fundada em 1938 e que atualmente possui uma estimativa populacional de aproximadamente, 279.665 habitantes (IMPrensa, 2015).

Em relação à criminalidade, Governador Valadares possui elevado Índice de Homicídios na Adolescência, computando como 2º em um plano de 20 municípios Segundo uma consulta pública feito no ano de 2014, em que coletou dados sobre atos infracionais e medidas socioeducativas que são aplicadas nos menores infratores em Governador Valadares. Assim, os dados obtidos foram: 506 dos adolescentes cumprem medida socioeducativa de liberdade assistida e prestação de serviços à comunidade, 29 dos adolescentes cumprem medida socioeducativa de restrição de liberdade e 138 dos adolescentes cumprem medida socioeducativa de privação de liberdade – semiliberdade e internação (PLANO DECENAL, 2016).

Ademais em Governador Valadares possui um Centro Socioeducativo, São Francisco de Assis, o qual tem a finalidade de resguardar adolescentes que estão cumprindo medidas socioeducativas de privação de liberdade, esse centro tem uma capacidade máxima de 80 adolescentes (PLANO DECENAL, 2016).

Essa capacidade estabelecida pode ser questionável se comparada com o levantamento de dados sobre o número de adolescentes que estão cumprindo medidas socioeducativas de privação de liberdade e restrição de liberdade com a capacidade máxima do centro socioeducativo, demonstrando um excesso ao número máximo permitido no mesmo. Assim, fica evidente a superlotação nesse centro socioeducativo, o que interfere no objeto do centro que seria a ressocialização dos adolescentes.

Em observância a finalidade da aplicação das medidas socioeducativas, no ano de 2012, uma denuncia foi feita pelo Ministério Público sobre essa superlotação, no que resultou na proibição do mesmo de receber mais adolescentes. De acordo com ofício feito pelo o diretor do centro socioeducativa em fevereiro deste ano, há 106 adolescentes, sendo que o número máximo são 80. Além de contar com um déficit de funcionários e a ausência de aulas direcionadas aos adolescentes do centro socioeducativo (G1, 2018).

No artigo 94º do ECA explica os deveres do centro socioeducativo, no qual alguns incisos de suma importância com a situação abordada: I- “observar os direitos e garantias de que são titulares os adolescentes”; IV- “preservar a identidade e oferecer ambiente de respeito e dignidade ao adolescente”; X- “propiciar escolarização e profissionalização”(BRASIL, 1990). Fazendo uma análise a partir da obrigação que advém desses incisos e da real situação do centro socioeducativo de Governador Valadares, percebe-se a exposição de violação ao princípio da proteção integral e a omissão do poder público em propiciar condições necessárias para o desenvolvimento integral do menor infrator que são compatíveis com a sua condição de sujeitos de direitos (SANTOS, 2013).

Conclusão

Em vista das notícias e dados exposto, essa proposta de projeto de extensão tem como objetivo central agir em parceria com outras instituições atuantes na área com a finalidade de proteger e analisar possíveis violações que contrarie a situação dos mesmos quanto a pessoas em desenvolvimento. Para isso, é imprescindível conhecer e trabalhar as falhas existentes na aplicabilidade das medidas socioeducativas previstas no Estatuto da criança e do adolescente, na instituição “Centro Socioeducativo São Francisco de Assis – Governador Valadares”.

A realidade que está sendo exposta na execução das medidas socioeducativas demonstra uma necessidade de assistência da Universidade Federal de Juiz de fora- campus Governador Valadares. A fim de contribuir para a modificação dessa realidade e cessar com as violações de direitos que ocorrem e renova-se, esse projeto se propõe a garantir um acesso à justiça de forma efetiva.

Referências Bibliográficas

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Juarez de Oliveira. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. (Série Legislação Brasileira).

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). Panorama Nacional: A execução das Medidas Socioeducativas de Internação. Disponível: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisasjudiciarias/Publicacoes/panorama_nacional_doj_web.pdf>. Acesso em : 18 de abril de 2018.

BRASIL. Estatuto da criança e do adolescente (1990). Estatuto da criança e do adolescente: Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990, Lei n. 8.242, de 12 de outubro de 1991. – 3. ed. – Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2001.

BRASIL. Proposta de Emenda à Constituição 33/2012. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=111068&tp=1>>. Acesso em 18 de abril. 2018.

BRASIL. Secretaria da Família e Desenvolvimento Social do Estado do Paraná . Fundamento Constitucional do Estatuto da Criança e do Adolescente.

IMPRENSA, Aspectos Gerais. Matéria específica. Disponível em: <<http://www.valadares.mg.gov.br/detalhe-da-materia/info/aspectos-gerais/12083>>. Acesso em: 18 de abril de 2018.

JORNAL DA GLOBO (G1). Centro Socioeducativo de Governador Valadares está proibido de receber novos adolescentes infratores. Disponível em:<<https://g1.globo.com/mg/vales-mg/noticia/centro-socioeducativo-de-governador-valadares-esta-proibido-de-receber-novos-adolescentes-infratores.ghtml>> Acesso em: 18 de abril de 2018

Justiça juvenil: teoria e prática no sistema socioeducativo / Organizadoras: Ilana Lemos de Paiva, Candida Souza, Daniela Bezerra Rodrigues. – Natal, RN: EDUFRN, 2014.

Plano decenal de atendimento as mediadas socioeducativas de Governador Valadares: 2016-2025. Governador Valadares, 2016. Disponível em:<<http://www.valadares.mg.gov.br/detalhe-da-materia/info/valadares-apresenta-plano-decenal-de-atendimento-as-medidas/42834>> Acesso em: 18 de abril de 2018

SANTOS, Juarez Cirino dos. O adolescente infrator e os direitos humanos. Instituto de Criminologia e Política Criminal.

42. CRIPTOATIVOS: reflexões jurídicas e econômicas

Marco Aurélio Kistemann Júnior
Johnny Moreira Gomes

Palavras-chave: Criptomoedas. Criptoativos. Lastro. Curva de Laffer. Inflação. Impactos Econômicos e Jurídicos dos Criptoativos.

Há uma intensa revolução disruptiva em implementação. As criptomoedas desenvolveram-se sob contornos tais que, criadas fora do “establishment” do contexto estatal e do sistema financeiro, a massificação de seu uso pode reestruturar tais contextos. Desta forma, como implicação natural deste fenômeno de afirmação das “criptomoedas”, muitas categorias e conceitos de diversos campos epistemológicos necessitam ser entendidos.

Iniciando pelas reflexões jurídicas, começamos pela “simples” busca da natureza jurídica da causa do fenômeno: as criptomoedas. O que são para o Direito? Existiria alguma categoria jurídica clássica que descrevesse com precisão as criptomoedas?

Categorizar a natureza jurídica de um ente “disruptivo” pode ser um processo polêmico e desafiador. Neste sentido, paradigmático é o esforço do Legislador pátrio em tentar enquadrar, em nosso ordenamento jurídico, a natureza jurídica das criptomoedas. De fato, tramita no Congresso, desde 2015, o Projeto de Lei nº 2.303(BRASIL, 2015) que, conforme a ementa, busca a “inclusão das moedas virtuais e programas de milhagem aéreas na definição de ‘arranjos de pagamento’ sob a supervisão do Banco Central”. Analisando o teor do projeto, notamos que a intenção é modificar o inciso I do art. 9º da Lei 12.865(BRASIL, 2013) para categorizar as “moedas virtuais”, assim como programas de milhagens aéreas, como formas de “arranjos de pagamentos”.

Esta tentativa, além de polêmica, está repleta de vícios insanáveis. Demonstra, inclusive, um profundo desconhecimento técnico do Legislador acerca das criptomoedas que surgiram como implementações da tecnologia “Blockchain”. Afinal, conforme Satoshi Nakamoto demonstrou ao conceber o projeto do Bitcoin (NAKAMOTO, 2008), o uso da tecnologia Blockchain estruturada num sistema de rede computacional P2P (redes computacionais peer-to-peer, ou seja, com diversos servidores descentralizados) permite, como exemplo para além da função de “arranjo de pagamento”, exercer, de forma descentralizada, funções do sistema cartorial e judicial, conforme os contratos inteligentes possibilitados, por exemplo, pela criptomoeda “Ethereum”.

Esta dificuldade de enquadramento conceitual das criptomoedas subsiste diante da tentativa de enquadrá-las nas categorias clássicas. Quando tomamos alguma destas categorias para tentar enquadrar as criptomoedas, ou o enquadramento é parcial ou é tão genérico que pouco informa sobre as especificidades da criptomoeda em análise.

Na categoria de “moeda”, por exemplo, nos termos do marco regulatório atual, as criptomoedas, não podem ser entendidas como simples moedas. Afinal, sequer são emitidas por um órgão estatal central. Porém, deixando de lado estes entraves burocráticos, fato é que, numa perspectiva ontológica, apesar do nome fortemente sugestivo, criptomoedas também não podem ser simples “moedas” (no sentido financeiro deste vocábulo). Pois restringir o ecossistema de uma criptomoeda à caracterização estritamente financeira é absolutamente impróprio, uma vez que cada rede P2P de uma criptomoeda, em especial as fundadas na tecnologia Blockchain, sustenta, em si, procedimentos para execução descentralizada de contratos, transferência e armazenamento de qualquer tipo dados. Neste sentido, ilustrativo é o caso do Bitcoin (NAKAMOTO, 2008).

Diante da inadequação das categorias clássicas existentes, é fundamental dimensionar uma categoria própria capaz de representar com precisão o aspecto metamonetário das

criptomoedas: os criptoativos. Tal termo, de autoria desconhecida dada a massificação de seu uso, carrega em sua etimologia o aspecto da transcendência monetária que buscamos. “Cripto” faz alusão à criptografia. “Ativo”, faz alusão ao amplo conceito contábil de “ativo”(GOULART,2002). Criptoativo é, portanto, um ente digital fundado em criptografia e com funções de ativos econômico-financeiros (moeda, commodities, direitos contratuais etc.).

Outro campo relevante, dentro de reflexões jurídicas, é o referente às reflexões tributárias. O conceito de imposto, por exemplo, sempre esteve fundado na possibilidade de o Estado dar eficácia às suas leis tributárias. Em última análise, isso se resume à possibilidade de uma cobrança compulsória, uma cobrança em que o sujeito passivo não tenha possibilidade, ao fim e ao cabo, de resistir (ROTHBARD, 2012). Em nossa sistemática, sob atual configuração do Estado Brasileiro, isso ocorre no âmbito da sistemática processual da “Ação de Execução Fiscal”: O Estado, através do regulado sistema financeiro submetido ao seu Banco Central, tem os meios necessários para, em última análise, executar a cobrança compulsória.

Neste viés, o tema da “Tributação Justa” (MELLO, 2013) que até então podia ser interpretado, em última análise, como um conjunto principiológico ético para o Legislador, toma a relevância de portar em si discussões que possibilitem a sobrevivência do tributo e, em última instância, do Estado: se o uso de criptoativos for massificado, o conceito de “imposto” será profundamente ameaçado no campo da eficácia, uma vez que os criptoativos não “circulam” por um ente centralizado, estão distribuídos numa rede descentralizada P2P sem se submeter à gerência de ninguém além do próprio proprietário. Desta forma, não podem tecnicamente ser confiscados e penhorados.

Neste diapasão, não é difícil conjecturar que o tributo coercitivo sem contraprestação estatal e de destino dado à liberalidade de políticos, ou seja, o imposto, restará fortemente prejudicado quando um cidadão tiver o poder de colocar seu patrimônio num sistema no qual ele seja o único que possa acessar e transacionar. Neste viés, surge a possibilidade e necessidade de rediscussão de sistemas tributários, sob a égide da “Tributação Justa”(MELLO,2013), fundados numa lógica contraprestacional (taxas, fundamentalmente) tendo como objetivo o real atendimento das necessidades de caráter público e dos parâmetros constitucionais (MELLO, 2013).

Por uma análise econômica, mas mantendo o espírito da tributação justa, é relevante notar a interconexão deste espírito com questões macroeconômicas. De fato, tão importante quanto saber o “como tributar” também é o “quanto tributar”. Afinal, considerando que o Estado visa a maximizar suas receitas, a carga tributária deve ser tal que não desestimule a atividade empreendedora a ponto de gerar decréscimos na arrecadação(ROMER, 2010). Isto pode, apesar da modelação de certas condições ideais, ser visualizado pelo conceito de “curva de Laffer”: o ponto de inflexão desta curva, determinado por diversas variáveis(ROMER, 2010), demonstra a “carga tributária ótima” que conduz à uma maximização de receitas arrecadatórias do Estado.

Ainda, na seara Econômica, partimos para discussões permeadas pelo espírito da Teoria Monetária, em especial, reformulamos criticamente o conceito de “lastro” tendo como estímulo a Escola Austríaca(ULRICH, 2014). Independente do entendimento ideológico, está pacificado na Teoria Econômica que as moedas fiduciárias não dependem da conversibilidade de seu valor em outro bem, tal como ocorria, por exemplo, com o “padrão-ouro”(VICECONTI,2010). Isto nos leva a questionar a real natureza do conceito de “Lastro”(ULRICH, 2014). Para tal, necessitamos problematizar o conceito de “inflação” (de custos, mais precisamente).

Conforme crítica do economista Fernando Ulrich (ULRICH, 2014) o conhecimento tradicional, em especial o de matriz keynesiana, tende a definir inflação, lato sensu, como o “aumento dos preços provocada por uma expansão monetária inadequada”(ULRICH, 2014). Também acreditamos que esta formulação conceitual é inadequada e preferimos explicitar primeiro a causa e depois a consequência. Neste viés, inflação seria uma “expansão monetária inadequada que, inevitavelmente, provoca o aumento dos preços”(ULRICH, 2014). Esta

formulação conceitual explícita o Estado como real culpado pelo processo inflacionário (ROTHBARD,2012). Realizada esta adequação conceitual, entende-se a verdadeira função histórica do lastro: nunca foi a de reserva de valor, pois, se assim fosse, poderíamos questionar qual seria a “reserva de valor” da reserva de valor (ULRICH, 2014).

A real função do lastro, em especial no “padrão ouro”, era que, uma vez que a expansão monetária deveria observar a regra da conversibilidade num bem escasso, arbitrariamente eleito para lastrear a emissão de papel moeda, isto implica numa natural limitação quantitativa para um processo de expansão monetária. Consequentemente, isto implica numa natural limitação para a espiral inflacionária, que deprecia a moeda, trazendo uma margem de segurança para os cálculos de preços e previsibilidade adequada para as decisões empreendedoras.

Os criptoativos possuem, em sua incorruptível programação, esta preocupação inflacionária. Tomemos o bitcoin, por exemplo. Assim como o ouro, existe uma quantidade finita de bitcoins a serem “minerados” (quantidade da ordem total de 21.000.000 de unidades). E sua emissão progressiva na sua rede Blockchain P2P foi programada para reproduzir a velocidade histórica da emissão de ouro, quando era vigente a lógica do “padrão ouro”. Isto significa, a longo prazo, uma moeda, por si, deflacionária e plenamente funcional, uma vez que cada unidade pode ser subdividida em até 100.000.000 de vezes (NAKAMOTO, 2008). Além de implicar numa moeda supervalorizada em relação às moedas estatais que são, por natureza, inflacionárias.

Tudo isto é dedução lógica do simples uso massificado destes criptoativos. No fundo, este é o único pré-requisito: que sejam utilizados para que, na busca pelo equilíbrio das forças de oferta e demanda, todas essas deduções surjam naturalmente.

É urgente discutirmos os criptoativos. Afinal, seu uso massificado nas relações intersubjetivas é a possibilidade concreta de uma intensa e profunda reestruturação do sistema financeiro e uma ameaça de imenso enfraquecimento ao poder de cobrança coercitiva de tributos pelos Estados. Sequer é razoável pensar em políticas restritivas ao uso, apelando inclusive ao Direito Penal, porque trata-se de fenômeno criado na internet numa rede P2P e, portanto, descentralizada(sem ente central para perseguir) e com registros invioláveis devido à tecnologia Blockchain (NAKAMOTO, 2008). Ou seja, restringir só pode ser pensamento ingênuo de quem não compreende a tecnologia. Trata-se de fenômeno inconstrangível, disruptivo e que tem como único pressuposto de eficácia o uso massificado destas tecnologias.

Referências Bibliográficas

BRASIL, Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 2303/2015. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1555470>>.

Acesso em: 01 mai. 2018.

_____. Lei n. 12.865, de 9 de out. de 2013. Brasília,DF, out 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/12865.htm>. Acesso em: 03 mai. 2018.

GOULART, André Moura Cintra. O Conceito de Ativos na Contabilidade: Um Fundamento a ser Explorado, in Revista Contabilidade & Finanças – USP, n 28, p.56 -65, abr 2002. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rcf/v13n28/v13n28a04.pdf>>. Acesso em: 03 mai. 2018.

KISTEMANN JUNIOR, Marco Aurélio; LINS, R. C. . Enquanto isso na Sociedade de Consumo Líquido-Moderna: a produção de significados e a tomada de decisão de indivíduosconsumidores. BOLEMA : Boletim de Educação Matemática (Online), v. 28, 2014.

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

NAKAMOTO, Satoshi. Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System, 2008. Disponível em: <<https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>>. Acesso em: 01 mai. 2018

ROMER, Christina D. e ROMER, David H. The Macroeconomic Effects of Tax Changes: Estimates Based on a New Measure of Fiscal Shocks, in American Economic Review 100 (June 2010): 763–801. Disponível em: <<https://www.aeaweb.org/articles?id=10.1257/aer.100.3.763>>. Acesso em: 01 de mai. 2018.

ROTHBARD, Murray N. A anatomia do estado / Murray N. Rothbard; tradução de Tiago Chabert. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2012.

ULRICH, Fernando. Bitcoin: a moeda na era digital. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises Brasil, 2014. Disponível em: <<https://www.mises.org.br/Ebook.aspx?id=99>>. Acesso em: 01 mai. 2018.

VICECONTI, Paulo Eduardo Vilchez e NEVES, Silvério das. Introdução à Economia. 10. ed. São Paulo: Frase Editora, 2010.

43. INCLUSÃO ESCOLAR SOB A ÓTICA DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE MATERIAL

(Resumo do TCC da graduação em Direito)

Waleska Marcy Rosa
Lízia Coelho Medina
Graziella Montes Valverde

Palavras-chave: Inclusão escolar. Direitos fundamentais. Bem-estar social. Igualdade material. Eficácia das normas.

O tema escolhido para análise e pesquisa é de grande relevância social em um Estado Democrático de Direito, principalmente ao pensarmos na efetivação ou ao menos em uma evolução para um estado de bem-estar social. Algumas consequências oriundas do Estado Liberal foram o aumento das disparidades e descontrole social, ocasionando um exacerbado crescimento das desigualdades.

Com intuito de tentar corrigir algumas falhas do liberalismo, o Estado passa a legislar acerca de alguns direitos para garantia do exercício da cidadania e a efetivação da plena democracia, proclamando assim os direitos sociais aos jurisdicionados. O estado de bem-estar social, fomentando a paz, o bem-estar, a justiça social e a igualdade, foi o principal motivador para o processo de inclusão social da pessoa com algum tipo de deficiência em todo o mundo.

A inclusão escolar, braço da inclusão social, no Brasil tem sido alvo de discussões e também de grandes desafios, já que está inserida no rol dos direitos fundamentais sociais e para tanto necessita, na maioria das vezes, de políticas públicas para sua concretização de forma adequada. Princípios consagrados na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88) como isonomia, cidadania e dignidade da pessoa humana devem ser analisados com “lentes para miopia”.

Quando se pensa na inclusão de um aluno com algum tipo de deficiência em uma escola regular, o primeiro princípio que vem à mente é, sem dúvida, o princípio constitucional da igualdade. Visualiza-se então, a aproximação dos direitos a fim de proporcionar ao aluno deficiente, uma vida mais digna em que possa exercer a plena cidadania, mitigando as desigualdades sociais. A inclusão visa à total inserção do aluno especial ao meio social e, principalmente, ao ambiente educacional com os demais alunos.

Contudo, a equidade formal prescrita no artigo 5º da CF/88: “todos são iguais perante a lei”, é uma norma geral e abstrata, não atendendo assim as reais necessidades de um aluno que requer cuidados especiais e diferentes dos demais discentes “ditos normais”.

Ao caracterizar a diferença, o primeiro passo é entendê-la e aceitá-la, pois não se pode tratar igualmente, duas situações distintas. Generalizar as pessoas com seus fatores de discrimens seria incorrer em injustiças e desigualdades. Por isso, o princípio aqui analisado preceitua que sejam tratadas igualmente as situações iguais e desigualmente as desiguais, sem que haja qualquer tipo de discriminação. A ideia é reforçada em “O conteúdo jurídico do princípio da igualdade” de Celso Antônio Bandeira de Mello.

Além da constituição, diversas leis, projetos de leis, tratados, declarações e orientação começaram a dar ênfase e força à inclusão escolar brasileira. O que se deve atentar é para a aplicabilidade e eficácia neste mundo de teorias criadas pelo Estado, às vezes utópicas e até mesmo mascarando de fato a realidade da ideia de inclusão.

O que distancia a teoria da prática? Qual a real aplicabilidade das normas constitucionais e educacionais inclusivas? Como ela deve ser realizada em uma sociedade extremamente desigual e em um estado cuja democracia é falha e a cidadania plena não se solidifica?

O processo não é nada simples no contexto nacional brasileiro, diferente das nações desenvolvidas, ao contrário é difícil e depende de práticas exaustivas. A dimensão geográfica, populacional e a atual conjuntura econômica-político-social brasileira são relevantes para o insucesso do processo, mas não podem ser uma desculpa para sua ineficácia.

A inclusão envolve respeito, empatia, dignidade da pessoa humana, igualdade material, abolição de qualquer tipo de preconceito, devendo ser reinterpretada conforme o imperativo categórico kantiano. Ela requer a participação efetiva da escola, do poder público, da família e de toda sociedade.

Os regulamentos, a CF/88 e a Lei de Diretrizes e Bases para a Educação Nacional (LDB/96) asseguram a inclusão e ainda faz exigências em relação à adequação de currículos, métodos, técnicas e recursos para atender as especificidades. Contudo, não se afere, na prática diária das escolas brasileiras, a efetivação desses procedimentos. O estudo pode ser avaliado em “Aplicabilidade das Normas Constitucionais” de José Afonso da Silva.

A simples produção legislativa não representa uma mudança real e adequada para o processo brasileiro de educação inclusiva. O desenvolvimento e o progresso da inclusão ocorrerão quando se efetivarem os princípios que a norteiam para a valorização e reconhecimentos dessas pessoas enquanto seres humanos dignos de qualquer desenvolvimento, social, intelectual, político e econômico.

Os maiores defensores da inclusão apontam falhas e chegam a triste conclusão de que a educação inclusiva no Brasil está bem longe de se efetivar plenamente. Por ser um tema ainda obscuro ao se verificar a prática inclusiva, foi realizada uma reflexão do atual cenário das práticas consideradas inclusivas e sua aplicação nas escolas.

Destarte, como os direitos sociais possuem certas limitações para sua aplicabilidade efetiva faz-se necessária a atuação do Poder Público e a intervenção do Poder Judiciário. Muitas vezes, por omissão estatal há a judicialização da política para a plena satisfação de tais direitos tutelados em uma sociedade em desenvolvimento.

Não basta cumprir o princípio da igualdade abstrata e genericamente, dissimulando práticas inclusivas escolares. A igualdade formal perante a lei exerce uma função meramente formal e jurídica, já sua função social é a que nos interessa e principalmente aos tutelados por essas normas.

Compreender as diferenças entre as pessoas e efetivar o convívio com os diferentes sucederá uma evolução social da espécie humana e a real aplicação do princípio da isonomia substancial. A cidadania será enriquecida não apenas àquelas que serão incluídas, como também aos agentes passivos neste processo inclusivo tão idealizado universalmente.

Referências Bibliográficas

BARROSO, Luís Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição brasileira. – 7. ed. atual. – Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BILHALVA, Jacqueline Michels. A aplicabilidade e a concretização das normas constitucionais. – Porto Alegre: Livraria do Advogado ed., 2005.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso: 20 abr. 2014.

_____. CEE. Resolução nº 460/2013. Normas sobre a Educação Especial em Minas Gerais.

REVOGA A RES. 451/2003 CEE/MG. Disponível em: http://www.sinepe-mg.org.br/legislacao_educ_especial.php. Acesso em: 06 jun 2014.

_____. CNE/CEB. Resolução nº 4, 2009. Diretrizes Operacionais para o Atendimento Educacional Especializado. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/dmdocuments/rceb004_09.pdf. Acesso em: 12 jun. 2014

_____. Lei Nº 7.853, de 24 de Outubro de 1989 - Lei de apoio às pessoas portadoras de deficiência. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17853.htm. Acesso em: 11 mar 2014.

_____. Lei Nº 9.394, de 20 de Dezembro de 1996 - Lei de Diretrizes e Bases para a Educação Nacional (LDB). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19394.htm. Acesso em: 11 mar 2014.

DECLARAÇÃO DE SALAMANCA. Sobre Princípios, Políticas e Práticas na Área das Necessidades Educativas Especiais. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/salamanca.pdf>. Acesso em 25 mar. 2014.

DELGADO, Mauricio Godinho; PORTO, Lorena Vasconcelos. O Estado de bem-estar social no século XXI. São Paulo: LTr, 2007.

ESPING-ANDERSEN, Gosta. O Futuro do Welfare State na Nova Ordem Mundial – Tradução de Simone Rossi Pugin. Genebra, 1994.

FACION, José Raimundo. Inclusão escolar e suas implicações. 2. ed. rev. e atual. – Curitiba: Ipbex, 2009.

KERSTENETZKY, Celia Lessa. O Estado do Bem-Estar Social na Idade da Razão: A Reinvenção do Estado Social no Mundo Contemporâneo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

MANTOAN, Maria Teresa Égler. Inclusão escolar: pontos e contrapontos. – São Paulo: Summus, 2006.

MANTOAN, Maria Teresa Eglér. Inclusão é o privilégio de conviver com as diferenças. Revista Nova Escola, 2005. Disponível em: <http://revistaescola.abril.com.br/formacao/maria-teresa-egler-mantoan-424431.shtml>. Acesso em: 01 abr. 2014.

MEC, Ministério da Educação – Secretaria de Educação Especial. Projeto Escola Viva, Garantindo acesso e permanência de todos os alunos na escola. Necessidades educacionais especiais dos alunos, 2005. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/defcontexto.pdf>. Acesso em: 23 mai. 2014

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3. ed. 22. tiragem – São Paulo: Malheiros, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. 2008. Os direitos sociais como direitos fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. Disponível em:

http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo_Ingo_DF_so_ciais_PETROPOLIS_final_01_09_08.pdf. Acesso em: 07 mai. 2014.

SARTORETTO, Mara Lucia, 2011, Os Fundamentos da Educação Inclusiva. Disponível em: http://assistiva.com.br/Educa%C3%A7%C3%A3o_Inclusiva.pdf. Acesso em 24 jun. 14.

SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. – 8. ed. – São Paulo: Malheiros, 2012.

SILVA, Marcelo Amaral da. 2003. Digressões acerca do princípio constitucional da igualdade. Publicado em 06/2003. Disponível em: <http://jus.com.br/imprimir/4143/digressoes-acerca-do-principio-constitucional-da-igualdade>. Acesso em: 20 jun. 2014.

SOUZA, Jessé. A Ralé Brasileira – Quem é e como vive. – 1ª reimpressão - Belo Horizonte: Editora UFMG, 2011.

TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. - 10. ed ver. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.

TV JUSTIÇA, Programa artigo 5º fala sobre inclusão de pessoas com deficiência. Disponível em: <http://www.tvjustica.jus.br/index/ver-detalle-programa/idPrograma/212879/youtubeid/>. Acesso em: 07 jun. 2014.

44. A POSSIBILIDADE ANALÓGICA DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE NOS CRIMES PATRIMONIAIS SEM VIOLÊNCIA APÓS A REPARAÇÃO DO DANO OU DEVOLUÇÃO DA COISA: medida paliativa impactante num contexto de seletividade escancarada

Daniel Nascimento Duarte
Mariana Braga Marciano
Marcella Lourenço Pereira

Palavras-chave: Crimes fiscais; Analogia in bonam partem; seletividade penal; crimes patrimoniais sem violência ou grave ameaça.

A partir do diagnóstico-problema de que há extrema disparidade político-criminal entre a existência de medidas que fomentam o acordo processual e a própria extinção da punibilidade no contexto dos crimes tributários em contraponto com a inexistência de tais medidas nos ditos crimes patrimoniais comuns – sobretudo aqueles sem violência – buscou-se: i) identificar, a partir de tal disparidade pontuada, características seletivas do sistema penal brasileiro tanto na conjuntura da parte geral do código penal (ante as premissas do arrependimento posterior – art. 16 do diploma) como nos atuais números carcerários oficiais; ii) demonstrar que a medida penal-material da extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo, se existente, em caso de reparação do dano, no âmbito dos crimes patrimoniais sem violência, surtiria considerável e direto impacto na população carcerária nacional e iii) apresentar proposta técnico-jurídica “paliativa” condizente com a intervenção mínima do direito penal e que seja capaz de balizar (ao menos até a devida mudança legislativa) uma menor incidência penal no âmbito dos crimes patrimoniais sem violência.

No plano de partida teórico, com esteio nos impactos oriundos da teoria do etiquetamento – labelling approach – a partir das perspectivas conclusivas dos seus principais expoentes (BECKER, 2008; GOFFMAN, 2008) e, sobretudo, com base nas interações reflexivas e sedimentações criminológicas elencadas por BARATTA (2002) parte-se da premissa de que a desigualdade e a gestão diferencial do controle social é, de fato, uma característica real e palpável do dito sistema penal que possui certas funções declaradas e outras não declaradas (de maior incidência) (ZAFFARONI, 1991) na medida em que “se apresenta como igualitário atingindo igualmente as pessoas em função de suas condutas, quando na verdade é seletivo, atingindo apenas determinadas pessoas integrantes de determinados grupos sociais, a pretexto de suas condutas” (BATISTA, 2011, p.25).

Ademais, ocorre que em determinadas situações específicas – próprias de Ordenamentos periféricos que fazem da política legislativa moralista e preconceituosa seu modus operandi – a seletividade do sistema penal brasileiro acaba por se escancarar ainda mais e alcança o patamar legislativo expresso, saindo, portanto, do patamar não declarado (oculto legislativamente, apesar de verificável empiricamente) e atingindo o manejo social a partir de política legislativa etiquetada e própria para certos crimes e agentes, trata-se, pois, tal qual fixado por ZAFFARONI e PIERANGELO (2006, p.64) da própria identificação de inimigos e estereótipos criminosos a partir do jus puniendi e do manejo na legislação penal.

É exatamente o que ocorre com a problemática aqui proposta. Exercendo a necessária comparação, tem-se que incide sob os crimes tributários (aqueles presentes principalmente na lei 8.137/90 e outros que tutelam a ordem tributária como bem jurídico – à exemplo dos artigos 168-A e 337-A do Código Penal) as máximas oriundas do art. 9º da lei 10.864/03 e do art. 83 da lei 9.430/96, com redação dada pela lei 12.382/11, onde, consoante o §2º, é suspensa a pretensão punitiva do Estado em caso de parcelamento do débito tributário pleiteado antes do

recebimento da denúncia, bem como, principalmente (temática aqui central), é extinta a punibilidade em caso de pagamento integral dos débitos tributários que deram ensejo à ação penal e – consoante se extrai do texto de lei expresso do art. 9^a, §2^o, da lei 10.864/03, bem como do entendimento pacífico no âmbito do Supremo Tribunal Federal – tal pagamento integral pode ser dar à qualquer tempo (desde que não transitada em julgado a ação penal). Por outro lado, no que toca aos crimes patrimoniais sem violência, previstos no código penal brasileiro – a exemplo do furto, do estelionato, da receptação, da apropriação indébita simples, dentre outros – nota-se que, com a aplicação do instituto do arrependimento posterior, previsto no art. 16 do Código Penal, não há possibilidade de extinção de punibilidade, ainda que reparado o dano ou restituída a coisa, sendo permitida somente a redução da pena em até 1/3 da pena (quando da dosimetria) contando que tal arrependimento se dê até o recebimento da denúncia ou da queixa, é dizer, portanto, que a condenação, inclusive, é premissa para a aplicação da “benesse” ali prevista.

Trata-se, portanto, de notória discrepância que, considerada a proximidade de circunstâncias (ausência de violência, montante patrimonial envolvido, restituição...), coloca em xeque qualquer pretensão (até mesmo declarada) de isonomia na aplicação da lei penal e denota um contexto “dolosamente” seletivo sob o aspecto legislativo, o que é mais preocupante.

Fixada, portanto, o que se chamou aqui de seletividade escancarada, optou-se por destacar o reflexo dessa constatação legislativa no sistema carcerário nacional, sendo este, metodologicamente, o parâmetro confirmativo e diagnóstico-numérico utilizado para confirmação (ou ao menos ilustração) da hipótese proposta. A partir dos dados oficiais provenientes do último levantamento do Departamento Penitenciário Nacional (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2016) tem-se que, de uma população carcerária de 726.712 detentos (a 3^a maior do mundo), 104.262 pessoas (praticamente 15%) estão reclusas em virtude da prática de crimes patrimoniais sem violência, realidade esta que seria extremamente diversa se a lógica da extinção da punibilidade pelo ressarcimento/reparação do bem material ou valores envolvidos também ocorresse para tais delitos, assim como ocorre nos crimes fiscais.

Tanto é verdade que, pela análise dos dados oficiais mencionados, os ditos delitos tributários nem mesmo possuem relevância ou impacto nos números carcerários brasileiros ao ponto de sequer serem descritos nos gráficos do documento. Há pois, uma evidenciação de um perfil específico que se quer ter no cárcere e que, no caso analisado, atinge o plano legislativo aonde medidas extintivas de punibilidade ou até mesmo possibilitantes de acordos processuais (à exemplo do parcelamento) são previstas para tipos específicos de crime enquanto sequer são cogitadas para outros, onde a benesse de eventual redução sancionatória na sentença condenatória já estaria de bom tamanho.

Sendo assim, em observância ao que foi constatado, e considerando que eventual reforma legislativa que possa trazer certas medidas extintivas da punibilidade também para o âmbito dos crimes patrimoniais sem violência tende a tardar a ocorrer (se ocorrer), propõe-se na presente pesquisa enquanto medida técnico-dogmática resolutive da problemática identificada (ainda que paliativa e transitória) a utilização da analogia in bonam partem da previsão atinente aos crimes tributários constante no art.9, §2^o da lei 10.684/03 para as situações análogas de devolução integral e reparação do dano (a qualquer tempo) em casos de crimes patrimoniais sem violência culminando na extinção da punibilidade também em tais situações.

Tal solução proposta, além de possuir pleno arcabouço dogmático sedimentado (não existindo nenhuma doutrina penal que discorde da possibilidade de analogia em benefício do réu em matéria penal), é de plena aplicabilidade jurídica ante as circunstâncias fáticas extremamente próximas e a ausência de previsão extintiva de punibilidade expressa em matéria patrimonial individual advinda de eventual restituição. Cabe ressaltar que tal proposição, que se perfaz no manejo isonômico da extinção da punibilidade (que é matéria de ordem pública), é temática consideravelmente diferente do instituto do arrependimento posterior que é matéria

de dosimetria de pena (e que detém a condenação como pressuposto), existente, pois, a lacuna legislativa que denota hipótese de incidência da analogia in bonam partem em tais situações.

Jurisprudencialmente, tal tese já foi, inclusive, acolhida pelo Superior Tribunal de Justiça (HC 252802/SE, Rel. Ministro Jorge Mussi) em caso de furto de energia elétrica em que se extinguiu a punibilidade pelo pagamento da quantia correspondente subtraída por aplicação mediante analogia in bonam partem das disposições atinentes aos crimes tributários. No entanto, tal medida ainda padece de maiores e representativas adesões por parte dos atores do sistema de justiça criminal, primordialmente juízes e promotores, que, caso se desenraizassem das repetições arbitrárias próprias do paradigma punitivo atual (CARVALHO, 2010) conseguiriam visualizar as benesses individuais e os macro-impactos da medida, isto porque, a sua maior aplicabilidade não só incidiria como instrumento contentor do ius puniendi estatal para com o dito infrator, como também surtiria impactos consideravelmente relevantes na realidade carcerária e, em mesma medida, afirmaria as máximas político-criminais de intervenção mínima do direito penal (ROXIN, 2009; 2000) num contexto em que (esperançosamente) ainda se quer democrático.

Referências Bibliográficas

BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica ao direito penal: introdução à sociologia do direito penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BECKER, Howard S. 2008 [1963]. Outsiders. Estudos de sociologia do desvio. Rio de Janeiro: Zahar.

BITENCOART, Cezar Roberto. Tratado de Direito penal. Parte 1. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARVALHO, Salo de. O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GOFFMAN, Erving. Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. Trad. Márcia Bandeira de Mello Leite Nunes. 4ª ed. Rio de Janeiro: LTC, 2008.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, Departamento Penitenciário Nacional (Depen). Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen). BRASIL, 2016. Disponível em: http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf. Acesso em: 30 de Março de 2018.

ROXIN, Claus. A Proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal. 2. ed. Org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. Política criminal e sistema jurídico-penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal. Parte geral. 5.ed. Florianópolis: Editora Modelo, 2012.

SILVA SANCHEZ, Jesús-Maria. A expansão do direito penal – Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

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

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro: parte geral. Vol.1. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

45. O PAPEL DA LUTA DOS MOVIMENTOS SOCIAIS NA CONSOLIDAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: a busca por um tratado vinculante em direitos humanos e empresas

(Resumo produzido junto ao HOMA – Centro de Direitos Humanos e Empresas,
projeto de pesquisa e extensão da Faculdade de Direito da UFJF)

Manoela Carneiro Roland
Lucas de Souza Oliveira
Gabriel Ribeiro Brega
João Luís Lobo Monteiro de Castro
Luiz Carlos Silva Faria Júnior
Kaliandra Casati Júlio
Maria Fernanda Campos Goretti de Carvalho
Renata Paschoalim Rocha
Laura Monteiro Senra
Livia Fazolatto Ferreira

Palavras-chave: Direitos Humanos e Empresas; Movimentos Sociais; Tratado Vinculante; Princípios Orientadores; ONU.

Em 1972, Salvador Allende proferiu emblemático discurso na Organização das Nações Unidas (ONU), no qual denunciava a ação predatória das corporações transnacionais, bem como afirmava a necessidade de uma regulação efetiva da ação de tais entes. Embora seu discurso tenha sido, inicialmente, encarado com pouca seriedade, o assassinato do ex-presidente chileno no ano seguinte pressionou a ONU a tomar providências em relação ao problema por ele elucidado.

Foi nesse contexto que, ao longo da década de 70, surgiram no âmbito internacional as primeiras tentativas de regular a ação das empresas. Assim, foi criado o “Centro das Nações Unidas sobre Corporações Transnacionais”, que visava a monitorar esses agentes e construir um Código de Conduta a eles destinados. Contudo, tensões entre os países desenvolvidos e os em desenvolvimento permearam o processo de construção de tal documento, resultando em um esvaziamento do mesmo. Na década de 90, culminou-se o arquivamento do documento e o fechamento do “Centro” (demonstrando uma atitude conciliatória da ONU com as políticas neoliberais do Consenso de Washington).

Em contraposição ao caráter vinculante que teria o dito código, foi lançado, em 2000, o chamado Pacto Global. O projeto consistia em um conjunto de dez princípios voluntários baseados num auto monitoramento flexível por parte das empresas, abrindo espaço para a chamada “Responsabilidade Social Corporativa”. Entretanto, o pacto carecia totalmente de efetividade, perdendo, com o tempo, sua credibilidade.

Paralelamente a tal iniciativa, ocorreu no seio da ONU a elaboração das “Normas sobre a Responsabilidade das Empresas Transnacionais e Outras Empresas Comerciais na Esfera dos Direitos Humanos”, as quais representavam um significativa avanço no sentido de regular as transnacionais em matéria de direitos humanos, visto que continham disposições com um caráter fortemente vinculante. No entanto, as “Normas”, como ficaram conhecidas, foram rejeitadas pela Comissão de Direitos Humanos em 2003, sob a alegação de que impunham uma obrigatoriedade muito pesada para os Estados.

Após o fracasso das “Normas”, John Ruggie, professor de Harvard, foi nomeado pelo então Secretário Geral da ONU, Kofi Annan, como Representante Especial do Secretário Geral

para Direitos Humanos e Empresas, mandato que durou de 2005 a 2011. Em 2008, Ruggie produziu o chamado “Marco das Nações Unidas para Proteger, Respeitar e Remediar”, o qual foi seguido pela aprovação unânime no Conselho de Direitos Humanos, em 2011, dos “Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos”. Este documento retomou fortemente a lógica voluntarista, baseando-se na noção da Responsabilidade Social Corporativa e apresentando-se com claro caráter de “soft law”. Além disso, foi criado um Grupo de Trabalho para incentivar a implementação dos princípios, que deveria ser realizada no âmbito interno de cada país através de Planos Nacionais de Ação.

Contudo, diante da persistente insuficiência dos marcos voluntaristas, o Equador, juntamente com a África do Sul, liderou a construção de uma declaração defendendo a necessidade de um tratado que estabelecesse obrigações vinculantes às empresas na matéria de Direitos Humanos. O documento foi assinado por mais de 80 países e obteve amplo apoio da sociedade civil. Foi nesse contexto que houve a aprovação, no Conselho de Direitos Humanos, da Resolução 26/9, a qual estabelecia o mandato para a elaboração de tal documento. Com a mesma finalidade, ainda foi criado um Grupo Intergovernamental de Trabalho (GTI).

Apesar de aprovada a Resolução, a construção do Tratado enfrenta ainda grandes obstáculos. Até então, ocorreram três sessões do GTI, todas as quais foram marcadas por fortes divergências a respeito da forma, do escopo e do conteúdo do documento. A maior resistência ao instrumento vinculante é hoje feita pela União Europeia, a qual defende vigorosamente os Princípios Orientadores. O bloco insiste que o Tratado abarque não apenas as grandes transnacionais, mas todas as empresas (all business enterprises), numa clara tentativa de enfraquecer a efetividade do documento.

Todo esse esforço normativo elucida a necessidade de reformulação da concepção clássica de Direitos Humanos, que, a contrassenso, funciona em prol da impunidade das empresas. A teoria dos Direitos Humanos deve ser repensada sob uma ótica crítica, buscando abranger as diferentes nuances que a globalização trouxe para as dinâmicas de poder global e tornando-se capaz de lidar com a assimetria de poder perpetuada pela égide neoliberal sob a qual vivemos.

O HOMA, Centro de Direitos de Humanos e Empresas junto ao qual este resumo foi produzido, surge justamente a partir do reconhecimento da existência de um espaço acadêmico, ainda não devidamente explorado, para a construção de conhecimento qualificado e plural sobre os aspectos mais difíceis e relevantes que envolvem a violação de Direitos Humanos por Empresas. O projeto, dessa forma, coaduna-se com a vertente crítica dos Direitos Humanos, buscando fazer um exercício de tradução a partir da mecânica e dos resultados das lutas dos movimentos sociais. Para tanto, estabelece-se como fonte tanto de retomada, quanto de resistência, o papel da luta deste movimentos.

Joaquín Herrera Flores, propõe justamente tal reformulação teórica, a qual ele denomina (re)invenção dos Direitos Humanos. Segundo Flores (2009), os Direitos Humanos são conquistados a partir da luta daqueles que encontram dificuldades na busca por bens jurídicos, superando o que antes parecia ser impossível de ser superado. Dessa forma, em contraste com a visão tradicional, eles não são simplesmente concedidos pelas organizações internacionais ou pelo Estados.

Além disso, o autor também aponta para a necessidade do estabelecimento de mecanismos de proteção aos Direitos Humanos, a fim de que tais garantias possam ser observadas empiricamente. Tais argumentos endossam o movimento que integramos, em prol da construção de um Tratado Vinculante sobre Direitos Humanos e Empresas. É essencial, no entanto, que o processo de construção de tal instrumento se dê de baixo para cima, a partir da emancipação dos movimentos sociais e do sul global, superando a busca pela hegemonia de poder das empresas e dos países do Atlântico Norte.

Referências Bibliográficas

ARAGÃO, Daniel Maurício de. Controvérsias da política mundial em Direitos Humanos: o contexto em que se discute o Tratado sobre corporações transnacionais. *Homa Publica: Revista Internacional de Direitos Humanos e Empresas*. Juiz de Fora: Homa, v.1, n.2, 2017.

FLORES, Joaquin Herrera. *A (Re) invenção dos direitos humanos*. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2009.

46. O TRATAMENTO DA RESERVA DO POSSÍVEL EM UM CONTEXTO CONSTITUCIONAL: Brasil - Supremo Tribunal Federal

(O presente resumo expõe resultados parciais da pesquisa desenvolvida no projeto intitulado “O tratamento da reserva do possível em um contexto constitucional: uma análise comparativa Brasil – Portugal”, desenvolvido junto ao Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Direito e Inovação (UFJF), sob a orientação da prof.^a Dr.^a Cláudia Toledo)

Claudia Maria Toledo Da Silveira
Carlos Augusto Lima Vaz da Silva

Palavras-chave: Direitos Fundamentais Sociais; Políticas Públicas; Princípio da Reserva do Possível; Avaliação Racional; Supremo Tribunal Federal

Introdução

As políticas públicas que concretizam direitos fundamentais sociais são essenciais para a efetivação de um Estado Social. Elas exigem prestações materiais, ou seja, ações positivas do Estado. Contudo, em muitos momentos, o Estado é omissivo neste dever, impondo-se aos cidadãos pleiteá-los judicialmente. Tal é o contexto de judicialização dos direitos fundamentais sociais.

Nesse quadro, o Estado alega a impossibilidade financeira de realização dessas políticas públicas, por estar limitado ao princípio da reserva do possível. No entanto, tal invocação se dá de forma genérica, sem haver sua efetiva comprovação. Assim, questiona-se, a avaliação desse princípio tem ocorrido de forma racional no âmbito judicial?

Para tanto, imperioso compreender como tem sido a avaliação desse princípio formal. Seguem-se como referencial teórico as diretrizes estabelecidas por ALEXY (2015, 2017) para avaliação da racionalidade do discurso jurídico.

Inicialmente, objetiva-se identificar os argumentos técnico-jurídicos e políticos envolvidos, a comprovação de limitação à reserva do possível, bem como os direitos fundamentais sociais que têm sido objeto de maior demanda, nas ações judiciais em que se dá sua avaliação.

Metodologia

Inobstante as variadas metodologias de pesquisa com base empírica, em face dos objetivos, adotou-se o método de análise documental, a partir das contribuições de Cellard (2012, pp. 295-316).

Por serem as decisões judiciais registros documentais, tal método proporciona a identificação sobre a forma como um Tribunal compreende um instituto jurídico. Isso permite, ainda, revelar eventuais posições consolidadas, divergências e incoerências nos julgados.

Portanto, tratando-se de análise qualitativa que visa compreender o contexto de produção, a qualidade das informações apresentadas, os autores do documento e seu discurso (CELLARD, 2012, pp. 299-303), tornou-se necessária a realização de alguns recortes na coleta dos dados, os quais são detalhados a seguir.

O recorte institucional limitou a análise ao âmbito constitucional, sendo o Supremo Tribunal Federal o órgão constitucionalmente estabelecido para essa competência, tanto pela via recursal quanto originária.

No recorte temático, limitou-se a busca à expressão “reserva do possível” dada à variedade de termos atribuídos pela doutrina em referência à sua natureza jurídica, a exemplo

de: argumento (SILVA, 2017, p. 213-242 e ARELLANO, 2017, p. 393-417), cláusula (PERLINGEIRO, 2014, p. 181-212), conceito (TORRES, 2009, p. 105), doutrina (ZANITELLI, 2013, p. 187-192), princípio (TIMM, 2013, p. 51-62) e teoria (AMORIM, 2015, p. 268-290 e LEAL;ALVES, 2016, p. 587-606).

Tal ocorrência foi apurada em revisão bibliográfica, em que se pôde visualizar a inexistência de um consenso quanto à sua natureza jurídica. Não obstante, a utilização da expressão “reserva do possível”, comum a todas naturezas jurídicas atribuídas, permite que a busca realizada compreenda todas as denominações incorporadas pelo Tribunal em sua jurisprudência.¹

O recorte processual compreende as decisões proferidas em órgãos colegiados (Pleno, 1ª e 2ª Turmas), excluindo-se as decisões monocráticas em razão de, eventualmente, refletirem posicionamento isolado dos Ministros. O recorte temporal é amplo, limitado ao ano de 2017, sem prazo inicial. Isso compreende todos os acórdãos do Tribunal sobre a matéria até então.

Com base nessa metodologia, a execução da pesquisa para seleção do material realizou-se da seguinte forma.

Acesso ao banco de dados através do endereço www.stf.jus.br. Na página inicial, selecionar no menu o item Jurisprudência > Pesquisa.

Em seguida, na página Pesquisa de Jurisprudência, preenche-se o campo Pesquisa Livre inserindo a expressão - reserva adj do adj possível. O operador ADJ permite a busca de palavras aproximadas, na mesma ordem que for colocada na expressão de busca. Nessa pesquisa, não se utilizou a tradicional grafia entre aspas duplas (“”) para pesquisa exata da expressão, na medida em que este recurso não se aplica à base de dados do Supremo Tribunal Federal.

O campo Número é mantido sem preenchimento.

Já no campo Ministro marca-se a opção Todos.

No campo Data insere-se somente o período final em 31/12/2017, permitindo uma busca pelo sistema de toda a jurisprudência da Corte até o momento em questão. O registro de acórdãos tem como referência a data de publicação e não a data de julgamento, sendo esta a referência da tabela que se segue.

Em seguida, os campos Tema, Tese, Tipo de Tese, Ementa/Indexação e Legislação são mantidos sem preenchimento.

No campo Órgão Julgador também não se realiza qualquer marcação, com o fim de permitir a busca tanto em decisões do Plenário (e Plenário Virtual), quanto dos órgãos fracionários (1ª e 2ª Turma). Isso permite o alcance das decisões colegiadas, seguindo a metodologia traçada.

Ao fim, foram selecionados apenas os itens Acórdãos, Repercussão Geral e Acórdãos anteriores a 1950, não realizando qualquer marcação nos itens: Súmulas Vinculantes, Súmulas, Decisões Monocráticas, Decisões da Presidência, Informativo, Questões de Ordem e Todas, visando os acórdãos, conforme recorte proposto.

Dessa seleção resultaram 31 acórdãos, assim sintetizados:

¹ Após análise do material coletado, notou-se que o STF atribui natureza jurídica diversa, além das citadas, a exemplo de “fórmula da reserva do possível” (ARE 745.745 AgR, ARE 727.864 AgR).

Ano	Núm. Acórdãos	Acórdão	Núm. Repercussão Geral	Total/Ano
2003	02	IF 470 / SP IF 1.262 / SP	00	02
2004	00	-	00	00
2005	01	RE 410.715 AgR / SP	00	01
2006	00	-	00	00
2007	01	ADI 3.768 / DF	00	01
2008	01	STA 223 AgR / PE	00	01
2009	01	Rcl 6.568 / SP	00	01
2010	02	SL 47 AgR / PE STA 175 AgR / CE	00	02
2011	03	ARE 639.337 AgR / SP ADI 4.167 / DF RE 368.564 / DF	00	03
2012	00	-	00	00
2013	04	RE 581.352 AgR / AM RE 763.667 AgR / CE RE 567.985 / MT RE 642.536 AgR / AP	00	04
2014	04	ARE 745.745 AgR / MG ARE 727.864 AgR / PR AI 747.402 AgR / BA AI 598.212 ED / PR	00	04
2015	07	ADPF 347 MC / DF ARE 855.762 AgR / RJ ARE 860.979 AgR / DF ARE 875.333 ED / RS RE 581.488 / RS RE 592.581 / RS RE 796.347 AgR / RS	00	07
2016	02	ARE 855.476 AgR / MG RE 553.710 / DF	00	02
2017	03	RE 1.026.698 AgR / MT RE 580.252 / MS RE 587.970 / SP	00	03
TOTAL	31		00	31

A presente coleta impõe o descarte do acórdão relacionado à Reclamação n. 6.568 (Rcl 6568/SP), pois esse julgado surge na busca em razão de registro equivocado da expressão “reserva do possível” em sua indexação. Com isso, trabalha-se com uma seleção inicial de 30 acórdãos.

Resultados Parciais

Após análise do material coletado, verificou-se que seu inteiro teor não permite o acesso à argumentação apresentada pelas partes.

Com essa limitação, a verificação da comprovação dos argumentos relacionados à reserva do possível exigirá uma análise completa dos autos relacionados aos acórdãos selecionados, mediante avaliação das manifestações apresentadas pelas partes.

Esse exame será possível nos autos que possuem registro e tramitação exclusivamente por meio eletrônico, perante o Tribunal 11². Portanto, a realização de novo recorte processual mostra-se necessário, restando 15 acórdãos para sua análise integral.

Todavia, a análise dos acórdãos coletados do Supremo Tribunal Federal nos termos da proposta inicial permite algumas conclusões parciais, podendo-se relatar que: 1) a referência à reserva do possível prevalece nos casos relacionados ao direito à saúde e à educação, havendo, discussão sobre o direito de acesso à justiça e o direito à assistência social, em menor número; 2) nos argumentos jurídicos é recorrente a referência ao princípio da separação dos poderes, em respeito ao sistema de freios e contrapesos integrante desse princípio; 3) a referência à reserva do possível prevalece em ações do controle difuso, atuando o STF em sua competência recursal.

Referências Bibliográficas

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2 ed. São Paulo: Malheiros. 2015.

_____. Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2017.

ALVES, Francisco Glauber Pessoa. Ações de saúde contra o Poder Público: ensaio de um roteiro decisório. In: Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco. n. 9, p. 55-97, 2016.

AMORIM, Maurício Oliveira; SOUSA, Mônica Teresa Costa. O protagonismo judicial e as políticas públicas. In: Direito, Estado e Sociedade. n. 46. jan/jun 2015, p. 268-290.

ARELLANO, Luis Felipe Vidal. Para Além da Reserva do Possível - Cognição Conglobante e Dialética Pública no Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. In: Revista de Processo, vol. 266, abr. 2017, p. 393-417.

CELLARD, André. A análise documental. In: J. Poupart et al.. A pesquisa qualitativa: enfoques epistemológicos e metodológicos. Petrópolis: Vozes. 2012, p. 295-316.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig; ALVES, Fernando Roberto Schnorr. Razoabilidade e teoria da reserva do possível como fundamentos para o controle jurisdicional de políticas públicas: uma análise a partir da teoria do discurso. In: Espaço Jurídico. Joaçaba, v. 17, n. 2, maio/ago 2016, p. 587-606.

PERLINGEIRO, Ricardo. ¿La reserva de lo posible se constituye en un limite a intervencion jurisdiccional en las politicas publicas sociales? In: Revista Estudios Socio-Juridicos, Universidad del Rosario, Bogotá, Vol. 16, n. 2, Jul-Dec, 2014, p. 181-212.

PINTO, Élide Graziane. Financiamento dos direitos à saúde e à educação: uma perspectiva constitucional. Editora Fórum. Belo Horizonte. 2015.

SANTOS, Marcus Gouveia dos. Vedação ao Retrocesso Social: Reflexões Gerais em um Período de Crise Econômica. Revista de Direito Constitucional e Internacional. Vol. 100, Mar-Abr, 2017, p. 71-100.

² As resoluções n. 350/2007, n. 417/2009 e n. 427/2010 do STF regulamentam a implantação de forma gradual do petição e do trâmite exclusivamente eletrônicos perante o Tribunal.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. Concretização dos Direitos Fundamentais Sociais pelo Supremo Tribunal Federal: Uma Crítica a Partir do Estado Constitucional Possibilista. In: Espaço Jurídico, vol. 18, n.1, jan-abril 2017, p. 213-242.

TIMM, Luciano Benetti. Qual maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). Direitos Fundamentais, Orçamento e Reserva do Possível. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 51-62.

TORRES, Ricardo Lobo. Direito ao mínimo existencial. São Paulo: Renovar. 2009, p. 105.

ZANITELLI, Leandro Martins. Custos ou competência? Uma ressalva à doutrina da reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). Direitos Fundamentais, Orçamento e Reserva do Possível. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 187-192.

47. (IN) APLICABILIDADE DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA NOS CRIMES DE LAVAGEM DE CAPITAIS NO BRASIL

Leandro Oliveira Silva
Lídia Carolina Delage da Fonseca
Laís Cristine Saggioro Oliveira

Palavras-chave: Direito Penal Econômico. Lavagem de capitais. Cegueira deliberada. Dolo eventual.

Resumo

O presente resumo expandido tem por objetivo fazer uma breve análise sobre a teoria norte-americana da cegueira deliberada que, nos últimos anos, vem sendo aplicada no Brasil. Parte-se do conceito e das principais características do crime de lavagem de dinheiro e da teoria da cegueira deliberada para, ao final, levantar um questionamento sobre a sua (in)aplicabilidade no direito brasileiro, especialmente em face da figura do dolo eventual, cuja construção dogmática não encontra consenso na doutrina pátria.

Abstract

The purpose of this expanded abstract is to give a brief analysis of the American theory of deliberate blindness that has been applied in Brazil in recent years. It is based on the concept and main characteristics of the crime of money laundering and the theory of willful blindness, in order to raise a question about its (in) applicability in Brazilian law, especially in the face of the eventual deceit, whose dogmatic construction does not find consensus in homeland doctrine.

Introdução

O crime de lavagem de dinheiro é um ilícito penal de estrutura complexa e de difícil apuração que ganhou notoriedade no Brasil, principalmente, com a Ação Penal 470 (“Mensalão”⁴) e com a “Operação Lava-Jato”⁵. Até então, pouco se ouvia e se sabia sobre o aludido crime, embora já ocorria “por trás dos panos”, envolvendo especialmente o alto escalão da política e das empresas, que articulavam perfeitamente suas ações para que não fossem descobertas.

O sistema penal brasileiro sempre esteve muito voltado para os crimes que envolvem direitos individuais e a esfera privada, deixando a desejar no que tange à apuração de crimes que repercutem fortemente na esfera social, como os crimes contra o sistema financeiro, contra a ordem tributária e a lavagem de capitais. Tal realidade tem passado por modificação nos últimos anos, especialmente em função das operações policiais acima mencionadas.

Diante disso, sem pretensão de esgotar o tema, abordar-se-á, neste trabalho, os aspectos principais do crime de lavagem de dinheiro e a (in)possibilidade de responsabilização de seu agente com base na teoria da cegueira deliberada.

A lavagem de dinheiro e suas principais características

Conquanto existam diversas definições espalhadas pelo mundo, pode-se dizer que todas elas, em linhas gerais, trazem como característica principal o objetivo de transformar capital

ilícito em aparentemente lícito na tentativa de burlar o sistema penal e mascarar condutas delitivas altamente lucrativas.

No Brasil, conforme determina a lei 9.613/98, o crime da lavagem de dinheiro consiste em ocultar ou dissimular a procedência criminosa de determinados bens, direitos e valores, integrando-os, posteriormente, ao sistema econômico-financeiro, com a aparência de terem sido obtidos de forma lícita.

Conforme determina o artigo 1º da Lei 9613/98, para caracterizar o delito em comento, basta a ocorrência de um crime antecedente que gere recursos ilegais, sem que haja a exigência de que a quantia envolvida seja expressiva e que a articulação do crime envolva um processo complexo, conforme já decidiu o STF.

No entanto, nem sempre foi assim. Inicialmente, para ser lavagem de dinheiro, o capital deveria ser proveniente, exclusivamente, do tráfico de drogas, o que restringia sua aplicabilidade. Posteriormente, com o advento da lei 9.613/98, houve um alargamento dos crimes admitidos como antecedentes, mas mesmo assim não era suficiente para enquadrar todas as condutas, já que o rol previsto era taxativo. Por fim, em 2012, a lei 12.683/12, trazendo uma importante inovação legislativa, passou a prever que qualquer crime pode figurar como antecedente para caracterização de lavagem de dinheiro, o que facilitou a subsunção das condutas ao tipo penal e a punição dos agentes.

Outro aspecto importante do delito ora em análise é o fato de não ser preciso que o autor deste tenha participado do crime antecedente, sendo apenas imprescindível que ele tenha conhecimento quanto à origem criminosa do capital a ser lavado, sob pena de se incorrer em uma responsabilidade penal objetiva, que é vedada pelo ordenamento pátrio.

Outrossim, conforme preleciona o art.2º, II, da lei 9.613/98, o processamento e julgamento da lavagem de capitais é autônoma e independe da apuração e condenação da infração antecedente.

Por fim, um aspecto relevante a ser destacado é o elemento subjetivo do crime que é punido apenas à título de dolo, exigindo-se que este seja contemporâneo ao momento da ação. O que se mostra interessante nesse ponto é a discussão sobre a possibilidade ou não de se aplicar a teoria da cegueira deliberada.

A cegueira deliberada e sua aplicação à lavagem de dinheiro

Segundo essa teoria norte-americana, quando o agente deliberadamente evita a consciência quanto à origem ilícita dos valores, assume o risco de produzir o resultado, respondendo, pois, pelo crime de lavagem de capitais a título de dolo.

No entanto, é preciso que se observe alguns requisitos indispensáveis para a responsabilização do agente por dolo eventual. De acordo com Sérgio Fernando Moro (2010), para a aplicação dessa teoria é indispensável que estejam presentes três requisitos, a saber: i) prova de que o agente tinha conhecimento da elevada possibilidade de os bens serem provenientes de crime; ii) prova de que o agente agiu de modo indiferente a esse conhecimento; iii) ignorância do sujeito quanto a completude dos fatos quando a alternativa lhe seria possível.

Assim, ainda que o autor do crime de lavagem de capitais não tenha um conhecimento ótimo e preciso da origem do dinheiro, se existirem circunstâncias que levantem as chamadas “red flags” em relação à transação que lhe é solicitada, se o agente permanece indiferente em relação à origem criminosa dos valores envolvidos e decide prosseguir na atividade delitiva, deverá, então, responder pelo crime.

Todavia a aplicação dessa teoria no Brasil deve ser vista de forma cuidadosa. É notório que os crimes de lavagem de capitais ganham cada vez mais destaque na mídia e são tratados, muitas vezes, de forma sensacionalista. Diante disso, é crescente o clamor popular no sentido

de punir seus agentes, o que não justifica uma importação irrefletida da teoria da cegueira deliberada.

A cegueira deliberada teve origem em países de sistema “common law”, nos quais não existe a figura do dolo eventual. Desse modo, é um desafio, tanto para a doutrina quanto para os operadores do Direito, conceituar e definir os limites de tal teoria, sem perder de vista os institutos do dolo eventual e da culpa consciente, cuja construção dogmática não encontra consenso na doutrina pátria, especialmente em face de novas teorias volitivas e cognitivas do dolo que vêm surgindo no cenário jurídico pátrio.

Admitir a aplicação da cegueira deliberada nos crimes de lavagem de capitais é punir aquele que, tal qual avestruz, se esconde a fim de evitar que informações e detalhes adicionais sobre ativos financeiros movimentados ilicitamente cheguem ao seu conhecimento, punição esta que atende aos anseios sociais diante da escandalosa corrupção política.

Portanto, o presente trabalho pretende chamar atenção para o perigo que pode trazer o mero “fechar de olhos” proposto pela cegueira deliberada, sem que haja uma adequada e constitucional adaptação dessa teoria.

Conforme Callegari (2017, p. 31), sem que sejam traçados os limites da aplicação da teoria da cegueira deliberada no Brasil, retorna-se a uma jurisprudência de valores, em que os magistrados ampliam o conceito de dolo exigido para condenar no crime de lavagem de capitais, configurando um ativismo judicial. De tal sorte, o Direito Penal deixa de ser o a “ultima ratio” e se torna um Direito Penal simbólico, incapaz de responder efetivamente o clamor popular tampouco reduzir de fato a chamada “criminalidade do colarinho branco”.

Conclusão

O presente trabalho buscou em apertada síntese conceituar o crime de lavagem de capitais à luz da Lei 9613/98, bem como apresentou os principais requisitos da teoria da cegueira deliberada.

Por fim, levantou-se o questionamento sobre a aplicabilidade da teoria da cegueira deliberada no direito brasileiro, tendo em vista a figura do dolo eventual presente no ordenamento pátrio e inexistente nos países em que esta teoria surgiu. Afirmou-se ainda que o clamor popular possui uma tendência punitivista que pode culminar em um retorno à jurisprudência de valores.

Referências Bibliográficas

CALLEGARI, André Luís. A cegueira deliberada da “common law” à “civil law” e a apropriação (indébita) da teoria pelo judiciário: nova oportunidade ao ativismo judicial e o retorno à jurisprudência de valores. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 133/2017. P.17-35. Jul / 2017

CÂMARA, Isabela Tarquinio Rocha. O tipo subjetivo do injusto econômico: breve ensaio sobre o equívoco da integração hermenêutica do dolo eventual a partir da teoria do domínio do fato e da cegueira deliberada. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 141/2018. P.61-91. Mar. / 2018.

Escândalo do Mensalão. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Esc%C3%A2ndalo_do_Mensal%C3%A3o>. Acesso em: 03 maio 2018.

MORO, Sergio Fernando. *Crime de lavagem de dinheiro*. São Paulo: Saraiva, 2010.

Operação Lava Jato. Disponível em:
<https://pt.wikipedia.org/wiki/Operação_Lava_Jato>. Acesso em: 03 maio 2018.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge A aplicação da cegueira deliberada nos julgamentos da Operação Lava Jato. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 122/2016. P.255-280. Set – Out / 2016.

RICARDO, Lucas Nacur Almeida. Teoria da cegueira deliberada: reflexões sobre sua aplicação ao Direito Penal brasileiro. Disponível em:
<<https://repositorio.ufjf.br/jspui/bitstream/ufjf/6279/1/lucasnacuralmeidaricardo.pdf>> Acesso em: 25 abr. 2018.

VIANA, Eduardo. Dolo como compromisso cognitivo. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

48. CASOS TRÁGICOS E TEORIA DOS PRINCÍPIOS – UMA CONTRIBUIÇÃO DOUTRINÁRIA À JURISPRUDÊNCIA

Claudia Maria Toledo Da Silveira
Bruno Ribeiro Uchôas

Palavras-chave: Casos trágicos - teoria dos princípios - decisão judicial

Os conceitos de casos fáceis, difíceis e trágicos têm importância para a Teoria do Direito na identificação de soluções para a obscuridade, conflito de normas e lacunas legais, pois o juiz tem o dever de dar respostas fundamentadas para os casos concretos. Contudo, em virtude da complexidade das relações sociais, para alguns deles, faltarão razões institucionalizadas por meio do direito positivo capazes de subsidiar uma solução juridicamente adequada. Para esses casos, o direito positivo não fornecerá respostas precisas ou mesmo não trará sequer qualquer previsão a respeito da questão que é objeto da jurisdição. Esses casos demandam alta carga de argumentação. Argumentos se distinguem de meras afirmações porque são fundados em razões. Quando se diz que essas decisões devem ser justificadas argumentativamente isso significa que o juiz deverá fundamentar o discurso jurídico.

Segundo Manuel Atienza (1989) é necessário estabelecer uma distinção inicial entre casos fáceis (easy cases), casos difíceis (hard cases) e casos trágicos (tragic cases). Os casos fáceis são aqueles cuja resposta decorre imediatamente do direito posto fornecendo aos casos concretos soluções baseadas nas normas existentes. Já os casos difíceis são assim chamados, pois o seu resultado não está tão claro, ou seja, a solução adequada para o caso concreto não é facilmente depreendida do direito posto, já que as normas existentes são insuficientes dadas a sua complexidade. Os casos trágicos, por seu turno, são aqueles que não se pode solucionar sem sacrificar algum valor fundamental seja do ponto de vista jurídico ou moral e para o qual não se extrai do ordenamento jurídico uma resposta correta.

Como se pode observar, esses conceitos têm relevância especial se considerarmos que a atuação judiciária na vida social é cada vez mais intensa, o que demanda soluções mais complexas. Assim sendo, merece especial destaque a existência, nos ordenamentos jurídicos, de casos trágicos. Conforme Atienza (1989) nesses casos a decisão jurídica inevitavelmente incorrerá na afetação de um valor fundamental, assim considerado por sua relevância jurídica. Trata-se, portanto, da total desconsideração de “um bem ou valor jurídico” de maior relevância em detrimento de outro em uma decisão judicial sobre um caso concreto o que se apresenta como uma violação ao ordenamento jurídico.

Atienza (1989) considera que para os casos trágicos não existe nenhuma solução sobre o equilíbrio mínimo, ou seja, capaz de pacificar o conflito jurídico com a menor afetação possível dos interesses em jogo. Para o autor, os casos serão trágicos se os bens e/ou valores envolvidos forem incompatíveis entre si e a escolha de um deles em detrimento do outro sempre representar uma escolha drástica. Se assim ocorre, não há uma forma de encontrar uma solução que não sacrifique o essencial deles. Portanto, o caso trágico se apresenta como um dilema jurídico cuja resposta não é determinável a partir do direito positivo, mas antes se apresenta como afronta a este, pela prevalência de uma solução que contradita um valor ou bem jurídico de substancial relevância, o que faz com que para esses casos não haja uma resposta correta.

Contudo, não se considera tal conceito adequado, tomando-se como base as contribuições da teoria dos princípios, cuja máxima da proporcionalidade, permite encontrar uma resposta correta (racionalmente fundamentada), inclusive para os casos considerados trágicos. Assim sendo, o conceito que se entende como mais adequado para os casos trágicos considera que a característica da “tragédia do caso” é que entram em colisão dois princípios

jurídicos fundamentais para o ordenamento jurídico e um deles é absolutamente preterido, sem que isso signifique ser a resposta incorreta.

A teria dos princípios, por meio da máxima da proporcionalidade, permite evidenciar os elementos argumentativos que estão implícitos no discurso jurídico que fundamenta decisões para essas situações concretas. Para demonstrar tal possibilidade, foi escolhido um *leading case* do Supremo Tribunal Federal. Será examinado o HC 124.306/RJ de relatoria do Ministro Marco Aurélio, especialmente por meio do voto do Ministro Barroso, cujo fundamento foi decisivo para conferir interpretação conforme a Constituição aos artigos 124 e 126 do Código Penal Brasileiro – que tipificam o crime de aborto – para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gravidez efetivada no primeiro trimestre.

Esse caso se apresenta como trágico na medida em que dois princípios jurídicos fundamentais para o ordenamento jurídico, quais sejam, a proteção da vida e a dignidade humana da mulher, estão em colisão e um deles (proteção da vida do feto) é absolutamente preterido. No *leading case* em exame, excepcionou-se uma circunstância fática da incidência de uma norma clara e objetiva considerando a prevalência sobre tal interpretação dos direitos sexuais e reprodutivos da mulher (dignidade humana) e sua autonomia (liberdade de fazer escolhas). Portanto, trata-se de um típico caso trágico, no qual houve a total desconsideração de um bem ou valor jurídico de maior relevância (o direito à vida do feto) em detrimento da prevalência de outros princípios no caso concreto (dignidade e liberdade).

Ao contrário do defendido por Atienza (1989), para a solução do *leading case* foi encontrada uma resposta correta pelos ministros do STF (uma vez que o critério de correção da resposta é a racionalidade da sua fundamentação) e a escolha foi realizada com fundamento no direito positivo, nos princípios da dignidade humana e autonomia (art. 1.º e 5.º da CRFB). Para a solução apresentada pelos ministros no HC 124.306/RJ foi utilizada a máxima da proporcionalidade, cujo resultado indicou que a interpretação conforme a Constituição dos artigos 124 e 126 do Código Penal Brasileiro é devida, porque, conforme enunciado no voto do ministro Barroso, (i) a criminalização não protege a vida do feto (adequação); (ii) existem meios que protejam igualmente o bem jurídico (feto) que são menos restritivos dos direitos das mulheres e (iii) a tipificação não se apresenta como justificativa a partir da análise de seus custos e benefícios (proporcionalidade em sentido estrito).

Sem embargo da conclusão alcançada pela argumentação do voto do ministro Barroso, impende-nos destacar que a utilização da proporcionalidade, com referência à teoria de Alexy (2008), não foi correta. No contexto de seu voto, ao tratar da máxima da proporcionalidade, o ministro trata da adequação de se criminalizar uma determinada conduta, qual seja, a prática do aborto. Contudo, esta competência é conferida no Estado Democrático de Direito ao Poder Legislativo. Cabe ao Poder Judiciário a aplicação do direito positivo. É importante consignar a competência do Poder Judiciário para revisão de atos e omissões dos demais poderes, que sejam inconstitucionais ou ilegais, em cumprimento ao sistema de freios e contrapesos, que integra o princípio da separação de poderes. Além disso, a teoria de Alexy (2008) requer que na aplicação da máxima da proporcionalidade, sejam considerados os princípios em colisão no caso concreto. Os princípios em colisão no caso em análise são aqueles declaradores da dignidade humana (mulher) e da vida (feto).

Desta forma, segundo a teoria de Alexy (2008), ao contrário do afirmado por Atienza (1989), nos casos trágicos, assim como em qualquer caso levado ao Judiciário, é possível e devido encontrar a resposta correta. Afinal, o critério de correção é a racionalidade dos argumentos utilizados na fundamentação da decisão. Na hipótese de lacunas no direito positivo (casos difíceis), a resposta deve ser encontrada no discurso prático geral, do qual o discurso jurídico é um caso especial. No entanto, essa resposta deve ser adequada ao direito positivo, que é a fonte primária do direito no civil law, sistema/ brasileiro.

Conclui-se, assim, que quando se utiliza a teoria dos princípios, os dois problemas do conceito apresentado por Atienza (1989) são solucionados, quais sejam, a existência de uma resposta (1) correta no (2) ordenamento jurídico.

Referências Bibliográficas

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Ed. Malheiros, 2008.

ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica. 3ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ATIENZA, Manuel. Sobre lo razonable em el Derecho. Revista Espanola de Derecho Constitucional, ano 9, n. 27, set./dez., p. 93-110, 1989.

ATIENZA, Manuel. Los limites de la interpretación constitucional – de nuevo sobre los casos trágicos. Isonomía, n. 6, abr., p. 07-30, 1997.

ATIENZA, Manuel. As razões do Direito – teorias da argumentação jurídica. São Paulo: Landy, 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 124.306 Rio de Janeiro. Relator Ministro Marco Aurélio. 15 mar. 2017. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4637878>>. Acesso em 02 mai. 2018.

TOLEDO, Cláudia. Direitos Fundamentais - Conteúdo, Princípio da Proporcionalidade e Efetivação. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas , v. 27, p. 223-236, 2011.

TOLEDO, Cláudia. Hard Cases, Rationality and Transformation of the Legal Order. In: IVR - XXVIII WORLD CONGRESS OF THE INTERNATIONAL ASSOCIATION FOR THE PHILOSOPHY OF LAW AND SOCIAL PHILOSOPHY, 2017, Lisboa. Anais... Lisboa: Universidade de Lisboa – Faculdade de Direito, 2017. p. 01-12.

49. O DIREITO À SAÚDE E A DISPUTA POR VERBAS PÚBLICAS FRENTE AOS DEMAIS DIREITOS SOCIAIS

Waleska Marcy Rosa
Lays Gomes Martins
Maria Luiza Gardone Gonçalves Lazzaroni

Palavras-chave: Integridade. Saúde. Direitos Fundamentais

Os direitos fundamentais têm sua origem na Declaração Universal dos Direitos do Homem e, no Brasil, foram positivados pela Constituição de 1988, mais precisamente em seu Título II. Neste, o legislador os subdivide em cinco capítulos: dos direitos individuais, dos sociais, dos de nacionalidade, dos políticos e dos relacionados a existência. Representando a ideia de justiça e busca pela igualdade, são vistos como os principais valores que devem nortear uma sociedade pautada nos ideias do Estado Democrático de Direito.

Os direitos sociais estão previstos no artigo 6º da Carta Magna e são eles: o direito à educação, à saúde, à alimentação, ao trabalho, à moradia, ao transporte, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância, e à assistência dos desamparados. Cada um destes são garantias essenciais para uma vida humana digna, sendo imprescindíveis para a plena efetivação dos princípios da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial.

É fato que não se deve falar em hierarquia dos referidos direitos. Entretanto, é de suma importância que se discuta algum deles sobre diferentes ângulos, visto as mazelas que assolam o país. Entre eles, está o direito à saúde. Não é mistério que o direito à saúde ao longo dos anos vem sendo negligenciado pelas autoridades competentes. Seja na péssima condição dos hospitais públicos, seja nas lacunas do Sistema Único de Saúde, os brasileiros sofrem com o descaso de políticos. Consequentemente, a população desacreditada no Estado, vê como saída para o alcance de suas necessidades básicas o Poder Judiciário, o qual se mostra como o mais rápido meio de conseguir aquilo que o verdadeiro responsável falha em proporcionar. O fenômeno explicitado ficou conhecido como judicialização da saúde, sendo o foco deste trabalho.

Através da análise de mais de cem sentenças prolatadas entre o ano de 2016 e 2017 no município de Juiz de Fora, objetiva-se compreender o processo de judicialização da saúde na sociedade juiz forana. Além disso, mostra-se imperioso estudar quais seus impactos na vida não só daqueles que procuram o judiciário para a efetivação de suas demandas, como também dos indivíduos ao seu redor, que compõem a sociedade em que se inserem.

Com foco único sobre os medicamentos pleiteados escolheram-se os seguintes órgãos jurisdicionais da comarca, 1ª e 2ª Fazenda Municipal, 1/1, 1/2 e 2/3 JD Cível, Fazenda Estadual. Coletando os dados presentes nos órgãos supra citados, constatou-se que os medicamentos pedidos eram aqueles que não eram fornecidos pelo SUS e que possuíam grande valor de mercado, o que dificultava o acesso ao tratamento necessário. O município figurando como réu na disputa assumia que o remédio requerido realmente não era disponibilizado pelo sistema público de saúde, mas que era possível que o indivíduo recebesse o semelhante, também conhecido como o genérico. Apesar de suas contestações, notou-se que o poder administrativo acabava por sair vencido, uma vez que os juízes decidiram seguidamente a favor dos autores. Logo, percebe-se que a população, mesmo tendo acesso a medicamentos semelhantes e que presumidamente terão o mesmo efeito, querem na verdade ter aquele que possui a patente, considerado por muitos médicos como o único de pleno efeito no organismo.

Outrossim, atentou-se também aos argumentos suscitados pelos juízes durante sua decisão, com o intuito de compreender as diferenças entre cada operador responsável pelos diversos órgãos e seus entendimentos que seriam aplicados para decidir o caso. Através da

análise, aliada a leitura e estudo da obra Império do Direito do autor americano Ronald Dworkin, percebeu-se que os magistrados muitas vezes assemelham-se ao personagem de Hércules, trazido pelo filósofo. Aquele seria um juiz com paciência sobre humana e que adota o direito como integridade.

Dworkin em seu livro propõe o direito como um sistema baseado no princípio do devido processo legal, da equidade e de justiça, os quais tornariam as proposições jurídicas verdadeiras. Ademais, defende os juízes devem se colocar como autores de um romance em cadeia, ou seja, na hora de tomarem uma decisão, devem sempre levar em conta decisões passadas; não devem construir um novo direito, mas melhorá-lo, dar continuidade a um sistema que vem sendo construído e que sempre precisa de consertos. A essa teoria, o autor deu o nome de integridade e será o marco teórico desse estudo.

Em relação a metodologia, utilizou-se dos ensinamentos de Epstein e King acerca da pesquisa empírica no âmbito jurídico. De acordo com os autores, a pesquisa empírica tem por fundamento em dados extraídos do mundo real por meio da observação e experiência. Para tanto, serão realizadas inferências causais e descritivas a partir dos dados coletados, como por exemplo a relação dos argumentos suscitados pelos magistrados, suas possíveis motivações e demais arranjos que figuram como a fundamentação das decisões.

Por fim, este artigo tem como principal objetivo compreender a judicialização da saúde em Juiz de Fora, sob a luz da teoria da integridade. Pretende-se mostrar como a busca pela efetivação do direito a saúde pelos operadores do direito alia-se e se encaixa nos postulados de Ronald Dworkin. Ademais, evidencia-se que é preciso um balanceamento e razoabilidade no momento de conceder medicamentos de alto custo, uma vez que a simples busca pelo respeito a um dispositivo constitucional, sem se lembrar daqueles que também estão presentes no mesmo rol, mostra-se como um Calcanhar de Aquiles para o Poder Público. Isso pois, a efetivação dos demais direitos fundamentais, como a segurança e educação acabam por ter o orçamento a eles destinado restringido, já que o município precisa cada vez mais arcar com as demandas medicinais da população que encontra no judiciário seu meio de alcance dos medicamentos não oferecidos pelo Sistema Único de Saúde.

Referências Bibliográficas

DWORKIN, Ronald. O império do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 1999

EPSTEIN, Lee; KING, Gary. Pesquisa empírica em Direito: as regras de inferência. São Paulo : Direito, GV, 2013.

50. DIREITO HUMANO À ALIMENTAÇÃO ADEQUADA, OBJETIVOS DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E A AGRICULTURA FAMILIAR: uma análise sobre o programa de aquisição de alimentos entre 2012 e 2016.

(Trabalho vinculado ao projeto REAJA - Rede de Estudos e Pesquisa em Justiça Alimentar)

Leonardo Alves Correa¹
Guilherme Lima e Silva²

Palavras-chave: Direito humano à alimentação adequada. Desenvolvimento sustentável. Agricultura familiar. Programa de Aquisição de Alimentos.

A Organização das Nações Unidas (ONU), após a implementação dos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM) e a adoção destes por parte dos estados membros em setembro de 2000, cujas diretrizes visavam a melhoria das condições de vida da população mundial em um prazo de 15 anos, apresentou um projeto subsequente no ano de 2015, intitulado “Agenda 2030”, com o intuito de renovar e ampliar o compromisso dessas nações com a erradicação da pobreza extrema e da fome, o combate à desigualdade e à injustiça, além da contenção das mudanças climáticas.

Tal projeto consiste em um plano de ação colaborativo, construído a partir da cooperação mútua entre governos, sociedade civil, entidades e iniciativa privada, sendo formalizado por meio dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS): neste documento, os 17 objetivos desdobram-se em 169 metas, com o estabelecimento de parâmetros a nível global para a concretização e monitoramento de ações em âmbito nacional, de acordo com as peculiaridades de cada país.

Especificamente quanto ao Objetivo nº 2, “acabar com a fome, alcançar a segurança alimentar e melhoria da nutrição e promover a agricultura sustentável”, alvo de análise proposto neste trabalho, são estabelecidas diversas metas, dentre as quais: acabar com a fome e todas as formas de má nutrição; dobrar a produtividade agrícola e a renda dos pequenos produtores de alimentos; garantir sistemas sustentáveis de produção de alimentos e implementar práticas agrícolas resilientes; manter a diversidade genética; aumentar o investimento em infraestrutura rural; corrigir e prevenir as restrições ao comércio e distorções nos mercados agrícolas mundiais; além de adotar medidas para garantir o funcionamento adequado dos mercados de commodities de alimentos e seus derivados.

No Brasil, o debate sobre a erradicação da fome e o fomento da agricultura sustentável se consolidou, nos últimos anos, a partir da formulação e execução de um conjunto de políticas públicas que visavam a promoção da inclusão produtiva e desenvolvimento rural local. São exemplos dessas ações governamentais, o Programa de Aquisição de Alimentos (PAA), Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar (PRONAF), Assistência Técnica e Extensão Rural (ATER), Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE), garantia-safra, Programa Nacional de Educação na Reforma Agrária (PRONERA), Territórios da Cidadania, Programa de Apoio a Projetos de Infraestrutura e Serviços em Territórios Rurais (PROINF), entre outros.

¹ Professor da graduação e mestrado da Faculdade de Direito da UFJF. Doutor em Direito Público pela PUC-MG. Coordenador do Projeto REAJA – Rede de estudos e ações em Justiça Alimentar.

² Acadêmico do curso de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF). Pesquisador do Projeto REAJA – Rede de estudos e ações em Justiça Alimentar.

No que se refere ao objeto do presente estudo, o Programa de Aquisição de Alimentos (PAA), instituído pelo art. 19 da Lei nº 10.696, de 02 de julho de 2003, no âmbito do “Programa Fome Zero, enquanto política indispensável ao fomento de incentivos para a melhoria das condições alimentares (consumo e produção) no Brasil, com participação relevante do Conselho Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (CONSEA) na idealização, fiscalização e controle do programa.

Como indicam Catia Grisa e Silvia A. Zimmermann, o “programa adquire alimentos de agricultores familiares e os repassa para a rede de equipamentos públicos de alimentação e nutrição, organizações sociais que atendem pessoas em vulnerabilidade social, ou destina à formação de estoques estratégicos”. (Grisa e Zimmermann; 2015 – p. 19).

No âmbito do PAA, a compra é realizada com previsão de dispensa de certame licitatório, reduzindo os trâmites burocráticos para a participação de pequenos agricultores e garantindo maior celeridade à distribuição dos gêneros alimentícios ao público alvo (escolas públicas, associações beneficentes, centros de convivência da terceira idade, centros de reabilitação de dependentes químicos, além de cozinhas comunitárias e restaurantes populares).

O PAA se consolidou como uma das principais políticas públicas de inclusão produtiva e segurança alimentar ao longo da última década. Entre 2003 e 2012 a execução financeira do programa saltou de R\$ 145.014,75 para R\$ 970.814,08, ou seja, um crescimento de 85% no período. O número de participantes, por sua vez, cresceu 78%, subindo de 41.464 em 2003 para 190.718 em 2012. E, por fim, a aquisição de alimentos também observou um avanço de 7.800 toneladas em 2003 para 520.921 em 2012.

Verifica-se, assim, que o PAA se estabeleceu como uma importante inovação institucional no âmbito das políticas públicas de segurança alimentar e nutricional. O PAA se assentou como uma política intersetorial, na medida em que busca apresentar soluções para o drama da fome e insegurança alimentar, bem como garantir o mercado aos produtos da agricultura familiar, por meio da estabilidade de demanda a partir da efetivação das compras públicas.

O certo é que o PAA é um exitoso modelo de ação do Estado no domínio econômico da produção e redistribuição de alimentos. A continuidade e expansão do PAA depende, portanto, de um engenhoso arranjo institucional entre a burocracia estatal, produtores rurais e entidades beneficiadas. Acima de tudo, o PAA necessita de uma concepção segundo a qual o Estado é uma instituição com capacidade de articulação e construção de arranjos de produção e consumo de alimentos.

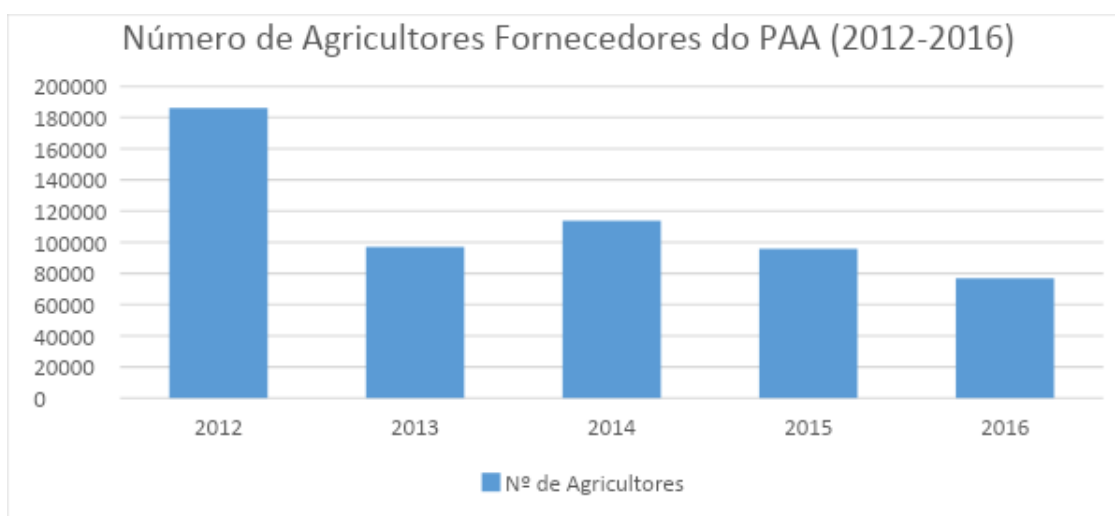
Nos últimos anos, entretanto, a combinação entre crise política e crise econômica produziu um grande impacto no desenvolvimento e execução orçamentária do PAA. A curva declinante inicia-se em 2013 e agravou-se, posteriormente, no bojo do processo de ruptura institucional a partir de 2014. Assim, no ano de 2013, o montante investido caiu para R\$ 443.185.235,00, passando para R\$ 583.838.845,00 em 2014, R\$ 555.429.848,00 em 2015 e, por fim, com uma considerável queda em 2016, chegando a R\$ 417.407.933,00.



Fonte: SAGI PAA Data

(https://aplicacoes.mds.gov.br/sagi/paa/visi_paa_geral/pg_principal.php?url=abertura). Acessado em: 02/05/2018

Além da diminuição do montante de recursos, a quantidade de agricultores fornecedores do PAA também sofre uma grande queda nos últimos anos. Os números elevados até o ano de 2012 passaram a oscilar consideravelmente, demonstrando a participação de 96.912 agricultores em 2013, 113.727 no ano de 2014, reduzindo para 95.871 em 2015 e com a queda mais drástica em 2016, com apenas 76.896 colaboradores.

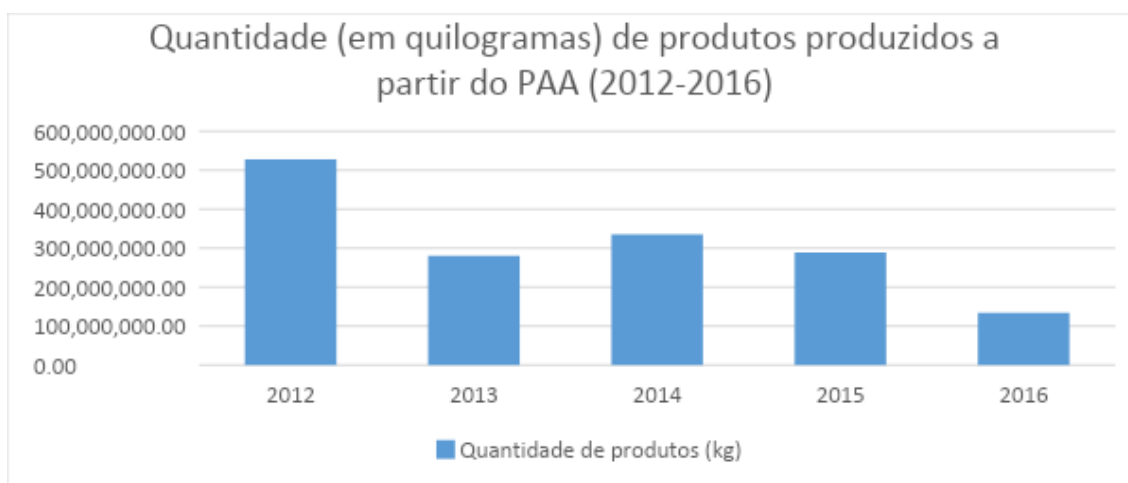


Fonte: SAGI PAA Data

(https://aplicacoes.mds.gov.br/sagi/paa/visi_paa_geral/pg_principal.php?url=abertura). Acessado em: 02/05/2018

Nessa perspectiva, a geração de emprego, renda e inclusão produtiva - um dos grandes méritos do programa – sofrem um grande impacto, na medida em que a compra pública – como instrumento de garantia de estabilidade econômica – torna-se um elemento cada menos robusta.

Na mesma linha, a fome e a insegurança alimentar retornam como ameaças concretas, uma vez que há uma drástica diminuição na quantidade de alimentos produzidos e distribuídos a partir do PAA. Em 2013, a produção foi reduzida a 280.175.457,00 kg, passando a 336.155.540,00 kg em 2014, 289.827.170,00 kg no ano de 2015 e apenas 133.909.940,00 kg no ano de 2016.



Fonte: SAGI PAA Data

(https://aplicacoes.mds.gov.br/sagi/paa/visi_paa_geral/pg_principal.php?url=abertura). Acessado em: 02/05/2018

Além da diminuição de investimento público, alguns episódios de arbitrariedades por parte dos órgãos de controle do PAA também foram relatados, em especial o paradigmático caso no Paraná da operação “Agro Fantasma”, que promoveu a infundada prisão de agricultores e o esfacelamento organizacional das cooperativas e associações, gerando prejuízos irreparáveis ao programa mesmo após a absolvição dos envolvidos, posto que a exposição midiática gerou abalo em sua credibilidade perante a população em geral. (Documento síntese do Encontro Nacional – 5ª Conferência Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional + 2 anos – p. 18).

Nesse contexto de retração do investimento público, há reflexão que se apresenta como central: uma vez que o Objetivo nº 2 do ODS, estabelece como meta “acabar com a fome, alcançar a segurança alimentar e melhoria da nutrição e promover a agricultura sustentável”, em que medida as políticas de austeridade econômica - no âmbito dos programas e ações de segurança alimentar e nutricional - não representam uma omissão em relação à “Agenda 2030”?

Os números apresentados indicam que, no atual contexto, a diminuição progressiva dos investimentos no PAA, representa um risco real de não cumprimento do Objetivo nº 2 do ODS. Nessa perspectiva, torna-se essencial uma nova repactuação política acerca da importância do PAA na promoção do desenvolvimento rural e erradicação da fome.

Diante do exposto, fica evidente a necessidade de ampliar o debate acerca dos meios de efetivação dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável no Brasil, revertendo a atual tendência de desvalorização de políticas públicas sociais, principalmente do Programa de Aquisição de Alimentos, em um substancial aumento da oferta de programas desenvolvimentistas no meio rural, uma vez que os impactos são perceptíveis em todo o país e estarão em consonância com as diretrizes mundiais estabelecidas pela ONU.

Referências Bibliográficas

BRASIL. Secretaria de Avaliação e Gestão de Informação. PAA DATA. Brasília/DF, 2016. Disponível em: <https://aplicacoes.mds.gov.br/sagi/paa/visi_paa_geral/pg_principal.php?url=abertura>. Acesso em: 30 abr. 2018

BRASIL. CONSEA. Documento síntese do Encontro Nacional 5ª Conferência Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional + 2 anos. Brasília/DF, 2018. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/consea/eventos/conferencias/conferencias-2/encontro-5a-2/documento-sintese-consea-versao-web.pdf>>. Acesso em: 30 abr. 2018.

ALVES, José Eustáquio Diniz Alves. "Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS): boa intenção, grande ilusão. in EcoDebate, ISSN 2446-9394, 11/03/2015. Disponível em: <<https://www.ecodebate.com.br/2015/03/11/objetivos-de-desenvolvimento-sustentavel-ods-boa-intencao-grande-ilusao-artigo-de-jose-eustaquio-diniz-alves/>>. Acesso em: 29 abr. 2018.

SENA, Aderita; FREITAS, Carlos Machado de; Barcellos, BACELLOS, Christovam; RAMALHO, Walter; CORVALAN, Carlos. "Medindo o invisível: análise dos objetivos de Desenvolvimento Sustentável em populações expostas à seca" in Ciência & Saúde Coletiva volume 21 número 3 – 2016 Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/csc/v21n3/1413-8123-csc-21-03-0671.pdf>>. Acesso em: 29 abr. 2018.

GRISA, Catia; ZIMMERMANN, Silvia A. "Estado e Sociedade Civil na Promoção da Segurança Alimentar e Nutricional no Brasil: A Construção do Programa de Aquisição de Alimentos da Agricultura Familiar (PAA) in AGROALIMENTARIA Vol. 21, Nº 41; julho-diciembre – 2015. Disponível em: <<http://epublica.saber.ula.ve/index.php/agroalimentaria/article/viewFile/6982/6853>>. Acesso em 30 abr. 2018.

51. JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E POLITIZAÇÃO DO JUDICIÁRIO

(Projeto PROBIC desenvolvido entre março/2017 a fevereiro/2018, vinculado ao projeto de demanda universal da FAPEMIG, com o mesmo título)

Claudia Maria Toledo Da Silveira
Caio Hoffmann Cardoso Zanon

Palavras-chave: judicialização da política; politização do Judiciário; separação dos poderes; mínimo existencial.

Os direitos fundamentais sociais estão previstos no artigo 6º da Constituição Federal de 1988. Diferentemente dos direitos fundamentais individuais, os direitos fundamentais sociais exigem a prestação positiva estatal para sua realização. Com seu cumprimento, são proporcionadas aos indivíduos condições materiais para uma vida digna, em consonância com o princípio da dignidade humana. Dessa forma, afirma-se que, apesar de nenhum direito demandar somente prestações positivas ou somente prestações negativas por parte do Estado, no que diz respeito aos direitos fundamentais sociais, eles exigem do ente estatal – imediata e predominantemente – prestações positivas, a despeito de, mediatamente, demandarem também prestações negativas estatais.

Essa imediatidade e predominância de prestações positivas quando se fala de direitos fundamentais sociais faz com que a concretização deles por parte do ente estatal traga à tona questões que não são suscitadas quando se fala da concretização dos direitos fundamentais individuais. Isso porque, para fornecer saúde e educação, por exemplo, o Estado depende diretamente da mobilização de recursos financeiros para a realização de políticas públicas. Assim, a concretização dos direitos fundamentais sociais se torna mais difícil na medida em que depende de recursos que são finitos e, portanto, cuja destinação é objeto de disputa política constante. A Constituição brasileira, atualmente, fornece bases sólidas para que se afirme que a finalidade primordial do Estado Democrático de Direito brasileiro é a concretização dos direitos fundamentais, já que atesta isso em seu próprio preâmbulo e estabelece um rol não taxativo desses direitos em posição de destaque no texto constitucional em seus artigos 5º e 6º. Nesse sentido, entende-se que as verbas públicas devem ser destinadas prioritariamente à concretização desses direitos e somente num momento posterior a despesas de outros tipos. Portanto, se há, por exemplo, um gasto expressivo do Estado com publicidade enquanto a saúde permanece deficitária, há aí uma afronta direta à Constituição e à forma como foi pensado o Estado Democrático de Direito.

Apesar de as diretrizes para estabelecimento de prioridades orçamentárias serem claras, como já exposto, o que acontece, na prática, é um desrespeito sistemático da administração pública para com essas prioridades e para com a concretização dos direitos fundamentais sociais como um todo. O Poder Executivo usa como trincheira o princípio da reserva do possível para se esquivar de seus deveres, esquecendo-se de que, para se lançar mão desse princípio de modo a mitigar um direito fundamental, deve ser discriminada detalhadamente a impossibilidade orçamentária do Estado em arcar com aquele gasto em específico, respeitadas as prioridades constitucionais já mencionadas. O princípio da reserva do possível, que serve para casos em que o Estado não tenha definitivamente condição de custear uma demanda específica sem trazer uma afetação certa ao equilíbrio das contas públicas ou em que essa demanda não seja razoável de se exigir do Estado, já que seria desarrazoado impor à sociedade o ônus de custeio daquele interesse individual específico, acaba tendo sua aplicação alargada para além do aceitável, uma vez que há alegação desse princípio pelo Estado, mas não há sua efetiva comprovação.

Assim, o que se observa é uma atitude deficitária do Poder Executivo em relação à concretização dos direitos fundamentais sociais, sendo um exemplo disso casos em que medicamentos constantes da lista do SUS, que deveriam ser de fornecimento obrigatório imediato para o cidadão, não são fornecidos. Para além disso, o Legislativo também não tem se empenhado em especificar as normas de direitos fundamentais sociais para sua melhor efetivação e em criar ferramentas para a melhor aplicação das normas definidoras dos direitos fundamentais sociais existentes, podendo-se tomar como exemplo dessa situação a insuficiência na regulação do salário mínimo para que ele atinja os objetivos estabelecidos no artigo 7º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988.

Diante dessa situação, tendo o Poder Judiciário sido estabelecido como guardião da Constituição, amparador de lesões ou ameaças a lesões a direitos e possuindo ele, ainda, a prerrogativa que possuem todos os Poderes de fiscalizarem uns aos outros em virtude do sistema de freios e contrapesos inerente ao princípio da separação dos poderes, tem o Judiciário se lançado em curso de ação que tem sido criticado por alguns como politizado. Esse quadro levou à identificação de fenômenos chamados de Politização do Judiciário ou Judicialização da Política, apontados pelos seus defensores na medida em que as demandas que misturam direitos fundamentais e políticas públicas ou direitos fundamentais e ação legislativa, fruto do modo como foi pensada a Constituição Federal de 1988, têm levado o Judiciário a tomar parte em discussões políticas (Judicialização da Política) ou a lançar mão de argumentos políticos na fundamentação de suas sentenças (Politização do Judiciário), características que antes se atribuía preponderantemente aos Poderes Executivo e Legislativo.

Por conta disso, o objetivo principal do projeto de pesquisa Judicialização da Política e Politização do Judiciário é, a partir de pesquisa jurisprudencial, identificar se o debate político vem sendo indevidamente travado no Judiciário e se há de fato grau elevado de argumentos políticos nas decisões judiciais. Para tanto, a pesquisa empírico-jurisprudencial proposta consiste na análise do tratamento dado ao direito ao mínimo existencial, um dos direitos fundamentais cuja demanda judicial mais levanta as críticas em questão, nas decisões judiciais de Tribunais de Justiça de estados representantes das cinco regiões brasileiras, a saber: Amazonas – região norte, Pernambuco – região nordeste, Mato Grosso – região centro-oeste, Rio Grande do Sul – região sul e, em virtude da relevância socioeconômica da região sudeste, nela são pesquisados três estados – Minas Gerais, Rio de Janeiro e São Paulo, nos anos de 1994, 2004 e 2017. A escolha desses anos para a pesquisa empírica não é aleatória. Em 2004, houve a primeira referência expressa ao direito ao mínimo existencial na jurisprudência constitucional brasileira. Tomando esse ano como marco, propôs-se estudar a jurisprudência constitucional e infraconstitucional (naqueles estados) anterior (1994) e posterior a essa data (2017). Desse modo, procurou-se verificar como esse tratamento evoluiu ao longo dos anos e se essa evolução se deu ou não numa direção de politização.

Em virtude do volume do levantamento jurisprudencial, essa pesquisa está ainda em curso, portanto por ora o que se pode apresentar são resultados parciais. Já se analisaram as decisões judiciais de 1994 e de 2004 e atualmente se está analisando as de 2017. Em 1994, não houve menção à expressão “mínimo existencial” nos Tribunais de Justiça selecionados. Em 2004, quando, pela primeira vez, foi feita referência explícita do STF a essa expressão, houve menção a “mínimo existencial” apenas nos Estados de Minas Gerais (5 decisões), Rio de Janeiro (3 decisões), Rio Grande do Sul (18 decisões) e Mato Grosso (1 decisão), totalizando 25 decisões encontradas. Não houve referência a esse tema nos acórdãos de Amazonas, Pernambuco e São Paulo. Quanto às alegações de Politização do Judiciário e Judicialização da Política, o que se percebe é que os temas das ações são em sua maioria referentes à efetivação de políticas públicas, mormente ao fornecimento de medicamentos. No entanto, o Judiciário não entrou, em 2004, no mérito da elaboração dessas políticas, mas somente determinou que elas fossem cumpridas, embasando sempre seus posicionamentos nos deveres

constitucionalmente estabelecidos à administração pública. Além disso, trata também de demandas pontuais relacionadas aos direitos fundamentais sociais, determinando seu cumprimento ou não com base nesses mesmos deveres constitucionais.

Resultados mais conclusivos poderão ser apresentados quando for concluída a pesquisa relativa ao ano de 2017 que está atualmente em curso, já que aí então será possível comparar os temas e a argumentação utilizados nas decisões em 2004 e em 2017, de modo a perceber se de fato houve uma progressiva politização dos temas e argumentos manejados nesse intervalo de tempo.

Referências Bibliográficas

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. Salvador: RERE, 2010.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas. Disponível em: <<http://consultasaj.tjam.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do>>. Acesso em: 14 jun. 2017.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. Disponível em: <<http://www.tjpe.jus.br/consultajurisprudenciaweb/xhtml/consulta/consulta.xhtml>>. Acesso em: 14 jun. 2017.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejuris/ConsultarJurisprudencia.aspx>>. Acesso em: 14 jun. 2017.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em: <[http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.\(TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o|TipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica|TipoDecisao:null\)&t=s&pesq=juris.#main_res_juris](http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.(TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o|TipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica|TipoDecisao:null)&t=s&pesq=juris.#main_res_juris)>. Acesso em: 14 jun. 2017.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do?f=1>>. Acesso em: 6 set. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso. Disponível em: <<http://jurisprudencia.tjmt.jus.br/>>. Acesso em: 6 set. 2017.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?linhasPorPagina=10&paginaNumero=1&palavras=%2522m%EDnimo%20existencial%2522&pesquisarPor=acordao&orderByData=1&dataJulgamentoInicial=01/01/2004&dataJulgamentoFinal=31/12/2004&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>>. Acesso em: 6 set. 2017.

LESSA, A. A.. Direitos Sociais, Omissão Inconstitucional e o Papel da Jurisdição Constitucional. Caderno Virtual (Instituto Brasiliense de Direito Público), 2016.

MENDONÇA, Eduardo. A jurisdição constitucional como canal de processamento do autogoverno democrático. In: SARMENTO, Daniel. Jurisdição Constitucional e Política. – Rio de Janeiro: Forense, 2015 (p. 151-176)

SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais Sociais Na Constituição de 1988. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n.º. 1, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 14 de março de 2017.

TOLEDO, Cláudia. Mínimo Existencial – A Construção de um Conceito e seu Tratamento pela Jurisprudência Constitucional Brasileira e Alemã. In: MIRANDA, Jorge et al. (org.). *Hermenêutica, Justiça Constitucional e Direitos Fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2016, pp. 821-834.

52. PROJETO DE PESQUISA: O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS ATRAVÉS DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE EM JUIZ DE FORA: como reduzir os gastos públicos sem deixar de atender as demandas?

Waleska Marcy Rosa
Nathalia da Silva Fernandes
Lays Gomes Martins

Palavras-chave: Juizado Especial. Medicamento. Redução de Gastos.

O propósito desse trabalho é analisar os argumentos utilizados nas sentenças proferidas pelos órgãos do Juizado Especial de Juiz de Fora, da área cível, a saber: 1ª, 2ª e 3ª unidades jurisdicionais. Apesar de ser um estudo vinculado à Judicialização da Saúde, a pesquisa restringiu-se a analisar apenas as sentenças sobre medicamentos solicitados durante os anos de 2016 e 2017. Este foi o período escolhido porque todas as sentenças destes anos estão disponíveis para que possam ser examinadas. Os dados foram coletados através do site do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), na opção Consulte o Sistema de Sentenças. Essa investigação configura-se como um estudo empírico tendo como base as inferências descritivas, subtraídas das regras de inferência de Epstein e King. Com a finalidade de obter uma argumentação fundamentada e que possua um olhar crítico sobre esses aspectos, é utilizada a teoria de Ronald Dworkin, referente ao direito como integridade.

A essência do trabalho deriva-se de um dos livros consagrados pela Filosofia do Direito, Império do Direito, de Ronald Dworkin. Para o autor, não são apenas os legisladores os responsáveis por criarem e delimitarem uma norma jurídica, mas também o Poder Judiciário, pois lidam com mandamentos abstratos e ambíguos o tempo todo.

Os juízes criam novos direitos todas as vezes que julgam casos polêmicos. Toda vez que há um novo posicionamento jurídico sobre um tema há uma descoberta ou inovação, contudo ele pode ser certo, apesar de não ter sido aplicado anteriormente ou não ser ilegal. Dworkin afirma que a opinião popular majoritária nos Estados Unidos e na Grã-Bretanha defende a ideia de que o juiz deve limitar-se a seguir o direito e não aperfeiçoá-lo, porém a minoria acredita que um mau juiz aplica o direito de forma mecanizada.

O autor diz, em primeiro momento, que algumas decisões que deveriam ser justas, equânimes e seguir o devido processo legal, não alcançam as duas primeiras perspectivas e resulta em tomada de decisões injustas sobre direitos individuais. Sendo a integridade, terceiro elemento junto à justiça e a equidade, tem-se que “às vezes, a equidade ou a justiça devem ser sacrificadas à integridade” (p. 215). Propõe, ainda, que é necessário chegar a um acordo a cerca do sistema de justiça adotado, em vez de um sistema de justiça fundado em concessões. Acredita ser o mais correto trabalhar de forma equitativa, atendendo a pretensão de todos aqueles que buscam por algo.

Para o desenvolvimento desse estudo é importante frisar que a metodologia adotada é de natureza empírica. A pesquisa empírica é de suma importância para o mundo jurídico, quando se integra às demais ciências sociais. Em conformidade com as ideias de Epstein e King, a pesquisa empírica é baseada em observação ou experiência, ou seja, deve ser feita através de dados da realidade. Esses dados podem ser numéricos (quantitativos) ou não-numéricos (qualitativos). Além disso, a pesquisa empírica pode ter um papel importante para o discurso público, de modo que pode afetar o manejo do sistema político em muitos aspectos.

Antes de decidir a hipótese que guiaria o presente estudo – a possibilidade do Ministério da Saúde e os entes públicos ligados à concessão de medicamentos através da judicialização da

saúde, firmarem convênios com indústrias farmacêuticas para diminuir os gastos públicos – e as inferências adotadas, estruturou-se uma estratégia para garantir a efetivação da coleta e sistematização dos dados que seriam a base das inferências descritivas ao longo desta pesquisa.

Dessa forma, em primeiro lugar, foi decidido que a coleta dos dados se delimitaria ao Município de Juiz de Fora, estado de Minas Gerais, onde se encontra a Universidade Federal de Juiz de Fora, sede do atual trabalho. Em segundo lugar, chegou-se a conclusão de que os dados deveriam ser atuais e atualizados para trazerem facilidade ao estudo em questão e para que pudessem confrontar a indagação inicial que deu impulso a esta pesquisa empírica. Por esse motivo, foram escolhidos os anos de 2016 e 2017, os dois últimos anos, para concretizar os problemas abordados. Em terceiro lugar, ainda parte destes requisitos estabelecidos como ponto inicial do trabalho, foi decidido que os dados coletados não seriam de forma aleatória, e deveriam seguir uma lógica com a finalidade de serem entendidos com facilidade e de maneira sistematizada.

Por consequência, os dados coletados vieram do site do TJMG, Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG). O TJMG possui um universo jurídico rico de sentenças, principal objeto de análise deste estudo, estando disponíveis para consultas, todas as decisões sobre casos levados a julgamento. Através do portal “consulta de jurisprudência” foi escolhida a opção “sentenças”, mais especificamente “consulte o sistema de sentenças”, o qual permite a busca do processo pelo seu número, por comarca, por nome do magistrado, por data ou assunto, por meio de preenchimento de palavras-chave. Após clicar no link citado, o site redireciona para outra aba para ser possível efetuar a pesquisa. Neste trabalho não foi utilizado como critério o número do processo e o nome do juiz para realizar as buscas, mas apenas foi utilizada a palavra-chave “medicamento” que é o enfoque principal, a comarca Juiz de Fora, o órgão julgador, e a data de publicação.

O órgão julgador escolhido foram as Unidades Jurisdicionais cíveis do Juizado Especial de Juiz de Fora, a saber: 1ª Unidade Jurisdicional, 2ª Unidade Jurisdicional e 3ª Unidade Jurisdicional, por serem variações de um órgão e que poderiam trazer um campo maior de dados por possuírem um número significativo de sentenças. A data utilizada na busca foi 01/01/2016 a 31/12/2016 para o ano de 2016 e 01/01/2017 a 31/12/2017 para o ano de 2017.

Inicialmente, é possível afirmar que os pedidos de medicamentos proferidos nesses órgãos variam não somente no quesito preço, que chegam a estar numa faixa de R\$100,00 (cem reais) e podem chegar até R\$16.000,00 (dezesesseis mil reais). Na diversidade de medicamentos solicitados a cada sentença verifica-se o acarretamento de enormes gastos nos cofres públicos, não restando outra opção de atuação diante da decisão judicial. Percebeu-se que os juízes utilizaram os mesmo argumentos para a concessão de diversos medicamentos sem mudar a base normativa, a jurisprudência e os argumentos próprios que o levaram a proferir a sentença. Os pedidos de medicamentos variavam entre R\$ 100,00 (cem reais) e R\$ 16.000,00 (dezesesseis mil reais).

Seria possível o Poder Público reduzir esses gastos sem deixar de atender aqueles que necessitam? Uma solução hipotética seria o Ministério da Saúde firmar contrato com as indústrias farmacêuticas para conseguir obter os medicamentos a preço de custo e não a preço de balcão de drogarias. Dessa Forma, já reduziria consideravelmente o valor dos medicamentos que estão sendo concedidos.

Referências Bibliográficas

ARAÚJO, Denizar Vianna. Preço de medicamentos na América Latina: desafios para definição de preço de referência na região. Estudo de caso: Mercosul. 2015.

DWORKIN, Ronald. O império do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

EPSTEIN, L. & KING, G. Pesquisa Empírica em Direito: regras de inferência. São Paulo: Direito GV, 2015.

53. DIREITO HUMANO À ALIMENTAÇÃO ADEQUADA: uma visão crítica

(Trabalho vinculado ao projeto REAJA - Rede de Estudos e Pesquisa em Justiça
Alimentar)

Leonardo Alves Correa
Lucas Costa Oliveira

Palavras-chave: Direitos Humanos; Teoria Crítica; Direito Humano à alimentação adequada

A modernidade ocidental, em vez de significar o abandono do estado de natureza e a passagem à sociedade civil, significa a coexistência de sociedade civil e estado de natureza separados por uma linha abissal com base na qual o olhar hegemônico, localizado na sociedade civil, deixa de ver e declara efetivamente como não-existente o estado de natureza. (Santos, 2007, p. 73)

A separação abissal citada traz um retrato da nossa era. O domínio incontestável da ciência e seus métodos formais de verificação da verdade. Dessa forma, comunga-se que o conhecimento “real” só pode se estabelecer por vias do método científico, obtendo deste sua validade. O cumprimento de tal requisito encontra-se no cerne do pensamento ocidental dos últimos séculos. Servindo tanto de arma epistemológica, como ideológica, para a justificação da ocidentalização do mundo através dos discursos universais empregados pelo capitalismo, dentre os quais encontram-se a concepção hegemônica dos Direitos humanos que trata tais direitos a partir de seu reconhecimento jurídico como ideais abstratos que se encontram para além do contexto da vida que visam regular.

Como expõe Flores (2009, p. 20-21) classicamente os Direitos Humanos vêm sendo concebidos, ora como essência humana justificadora do injustificável e arma para a retórica conservadora, e ora como uma suposta proposta utópica dirigida a propiciar a vingança dos afetados sobre aqueles que lhes exerceram dominação. Entretanto afirma o autor que quando se analisa tais projetos frente à realidade material o que se verifica é mais de 80% da população mundial passando por situações de miséria, exploração, marginalização e fome.

Para a reflexão teórica dominante, os direitos “são” os direitos; quer dizer, os direitos humanos se satisfazem em tendo direitos. Os direitos, então, não seriam mais que uma plataforma para se obter mais direitos. Nessa perspectiva tradicional, a ideia do “quê” são os direitos se reduz à extensão e à generalização dos direitos. A ideia que inunda todo o discurso tradicional reside na seguinte fórmula: o conteúdo básico dos direitos é o “direito a ter direitos”. Quantos direitos! E os bens que tais direitos devem garantir? E as condições materiais para exigí-los ou colocá-los em prática? E as lutas sociais que devem ser colocadas em prática para poder garantir um acesso mais justo a uma vida digna?(FLORES, 2009, p. 27)

De posse dessa concepção fica claro que o discurso hegemônico do Direitos Humanos esta, antes de qualquer coisa, tomado de abstrações e desconectados das práticas sociais reais em que se incluem todos os humanos, inclusive os que são invisibilizados pela concepção hegemônica de Direitos Humanos, encontrando-se do outro lado da linha abissal criada discursiva e ideologicamente em prol de um tipo de dominação exercida na política, no mercado, e porque não no Direito. Como expõe Santos (2007, p. 76), esse estado do nosso mundo produz uma ausência de humanidade que se determina em uma subumanidade moderna como se o desenvolvimento de uma parcela de indivíduos só fosse possível a partir da exploração seguida de uma exclusão de uma parte muito maior – o que salta aos olhos.

É diante desse quadro de nosso mundo que Flores (2009, p. 28-34) busca construir uma nova concepção de Direitos Humanos em que estes sejam vistos como processos de luta e, portanto resultantes provisórias do agir humano em busca das satisfações dos sujeitos em vistas a alcançarem os bens materiais e imateriais necessários ao exercício da vida; que permitam que sejam quebradas as discrepâncias entre o fazer humano que se estruturam de forma que alguns indivíduos tenham acesso mais facilitado aos bens materiais e imateriais que compõem uma vida digna e assim construir um mundo em que tais estruturas se dissipem. Nesse cenário são realçadas as práticas sociais como formadoras do conteúdo jurídico dos Direitos Humanos, sempre provisório e sempre em constante modificação, não há espaços para abstrações, universalismos enlatados e importados pela cultura hegemônica e ocidental, há espaço somente para os sujeitos reais, em suas demandas e desejos reais sempre em vistas à construção do sentido de uma dignidade humana factual.

A questão se propõe no presente trabalho pode ser assim resumida: como conceber o Direito Humano à Alimentação Adequada (DHAA) à luz de uma teoria crítica?

De fato, no que se refere ao DHAA, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 constitui um marco referencial de legitimação política a partir da afirmação de uma gramática centrada na lógica da abstração e do universalismo. No mesmo sentido, a positivação do DHAA no Pacto Internacional para os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), de 1966 e, posteriormente, no Comentário Geral (CG) nº 12 elaborado, em 1996, na Cúpula Mundial de Alimentação (CMA) em Roma obedecem a mesma lógica de abstração e universalismo. De acordo com Comentário Geral (CG) nº 12, o DHAA é definido como (I) disponibilidade do alimento, em quantidade e qualidade suficiente para satisfazer as necessidades dietéticas das pessoas, livre de substâncias adversas e aceitável para uma dada cultura; (II) a acessibilidade ao alimento de forma sustentável e que não interfira com a fruição de outros direitos humanos. (ONU, 1999)

A primeira grande questão consiste em compreender que, apesar do Comentário Geral (CG) nº 12 pretender delimitar elementos conceituais essenciais, o DHAA não pode ser entendido como uma formulação estática. De outro modo, uma visão crítica constatará que o significado do DHAA é fruto das permanentes disputas políticas. Diferentes atores buscam se apropriar e, conseqüentemente, atribuir diferentes sentidos ao DHAA. Nessa perspectiva, a simples positivação do DHAA nos textos normativos é importante, mas não suficiente para a erradicação da fome e da democratização de uma alimentação adequada, na medida em que tais normas jurídicas são apenas um ponto de partida a partir da qual o embate político será travado. Uma teoria crítica, portanto, não deve considerar o DHAA como um conceito estático, mas, ao contrário, como uma noção dinâmica e fruto de lutas políticas e discursivas que visam legitimar uma determinada apropriação política e, conseqüentemente, uma ressignificação jurídica.

Em segundo lugar, o reconhecimento de uma visão crítica de DHAA depende, necessariamente, da rejeição da narrativa jurídica da universalização do homem como sujeito deste direito. O véu da universalização oculta que a luta pela efetivação do DHAA se concretiza a partir de uma multiplicidade de rostos, memórias e subjetividades. Em contraponto a universalização do homem, o DHAA deve ser interpretado à luz da historicização das lutas sociais concretas, tais como o esforço pela erradicação da fome e da pobreza, a batalha pela soberania alimentar e a promoção da saúde pública.

Nesse sentido, no lugar do homem como sujeito universal, uma visão crítica de DHAA deve reconhecer a centralidade dos sujeitos coletivos como elementos fundamentais dentro dessa dinâmica conflituosa das demandas relacionadas ao direito à alimentação. Daí a relevância de reconhecer a legitimidade – discursiva e jurídica – da pluralidade das diferentes formas de produção, circulação e produção de alimentos, tal como reivindicam a Via Campesina, o Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem-Terra, indígenas, quilombolas, os extrativistas (seringueiros, quebradeiras de coco babaçu, os castanheiros, cipozeiros,

plaçabeiros), ciganos, pescadores artesanais (caiçaras, marisqueiras, pantaneiros), famílias ribeirinhas

Da mesma forma, a crítica ao universalismo constitui uma condição para a visibilidade das assimetrias de gênero, raça e classe relacionadas ao modo de reprodução do sistema alimentar hegemônico. Uma política de segurança alimentar e nutricional (SAN), fundamentada em uma visão crítica do DHAA, deve ser capaz de adotar uma perspectiva multidimensional e transversal da questão alimentar a partir do reconhecimento das demandas feministas, do movimento negro, sindical, dos trabalhadores rurais e demais minorais.

Além da universalização, a abstração constitui a outra característica marcante de uma visão clássica dos direitos humanos. O fato é que a luta pela apropriação dos sentidos dos direitos humanos – e, em especial do DHAA – se desenvolve no âmbito das lutas sociais concretas. Nessa visão, torna-se relevante a leitura do DHAA a partir da ideia de territorialização. De fato, os embates pelas diferentes formas – econômicas e simbólicas – de produção e consumo de alimentos estão relacionados com as disputas pelos sentidos de nossa relação com o espaço, ou seja, a injustiça alimentar se manifesta, materialmente, em territórios específicos.

A principal contribuição de uma perspectiva crítica é compreender que o DHAA pode se expressar, concretamente, como um direito emancipatório ou como um direito reacionário. A narrativa do direito à alimentação adequada – se compreendida como uma noção exclusivamente de escolha individual – pode reproduzir a lógica hegemônica e aumentar a desigualdade, de modo a sobrecarregar o trabalho feminino doméstico, negar o conhecimento culinário dos povos tradicionais e dificultar o acesso ao alimento saudável aos trabalhadores de baixa renda. Por outro lado, o DHAA – se compreendido como uma nova gramática de reconstrução dos ambientes alimentares – pode proporcionar as condições teóricas e políticas para a democratização fundiária, a inclusão produtiva e a desmercantilização da comida, tal como consta no Guia Alimentar para a população brasileira.

Referências Bibliográficas

FLORES, Joaquin Herrera. A (re)invenção dos Direitos humanos. Guaropaba: Fundação Boiteux, 2009.

ONU. Comentário Geral número 12 O direito humano à alimentação (art.11) Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais do Alto Comissariado de Direitos Humanos/ONU – 1999

SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do Pensamento Abissal: Das linhas globais a uma ecologia de saberes, Revista Novos Estudos Cebrap, 79, 71-94, 2007.

54. JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E POLITIZAÇÃO DO JUDICIÁRIO, PROJETO DE PESQUISA FAPEMIG, DEMANDA UNIVERSAL, EM DESENVOLVIMENTO DE JUNHO/2017 A JULHO/2019.

Claudia Maria Toledo Da Silveira
Daniela Carvalho Meira
Aline de Oliveira Mathias da Silva
Marcello Silveira Filgueiras

Palavras-chave: ativismo judicial; judicialização da política; politização do judiciário; direitos fundamentais sociais; mínimo existencial.

O Estado Democrático de Direito viabiliza maior atuação do Poder Judiciário se comparado aos Estados totalitários. Com a redemocratização brasileira, marcada a partir da Constituição de 1988, um número cada vez maior de ações tem sido levado ao Judiciário. Surge, então, a crítica acerca do tratamento pelo Judiciário de temas que seriam de competência originária dos Poderes Executivo ou Legislativo, ou seja, o fenômeno conhecido como “Judicialização da Política”. Ainda, questiona-se a natureza dos argumentos utilizados na fundamentação das decisões judiciais, alegando seu maior enquadramento na esfera política do que jurídica: estaria havendo a “Politização do Judiciário”.

O presente trabalho tem por objetivo analisar se procedem tais afirmações. Para tanto, parte-se do estudo do direito constitucional brasileiro, da pesquisa empírica por meio da análise das decisões judiciais sobre o tema, bem como do tratamento do mínimo existencial no Brasil e em países como Alemanha, México e Argentina.

O advento da Constituição de 1988 implementou relevantes mudanças no contexto social contemporâneo. Destaque-se, inicialmente, que seu fundamento principiológico garante grande movimentação ao Judiciário, ampliando sua esfera de atuação para a defesa dos direitos fundamentais sociais, e, também, as suas possibilidades interpretativas. Além disso, o caráter “contramajoritário” do Judiciário remete à possibilidade de juízes não eleitos sobreponem a sua interpretação da Constituição à de agentes públicos eleitos, gerando a grave crítica à legitimidade das decisões judiciais.

A crítica de judicialização da política se fundamenta, ainda, no argumento de que a população, descrente dos debates que se dão no âmbito Legislativo e Executivo e nos representantes eleitos, busca no Judiciário um meio mais efetivo de verem as suas demandas atendidas. Cumpre salientar a alegação de que o Judiciário, ao concretizar tais direitos sociais específicos, acaba por retirar verbas de destinações mais amplas para atender a essas sentenças judiciais, ferindo o princípio constitucional da legalidade orçamentária.

Ocorre que, não podendo o Judiciário se abster de julgar tais demandas, com base no princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, fortalece-se a hipótese de uma possível ingerência indevida nos demais poderes e de uma atuação que extrapola os limites da sua competência originária, caracterizando o fenômeno criticado como ativismo judicial.

Judicialização da política x Ativismo judicial

Há que se dividir, pois, o debate acerca do protagonismo judicial sob o prisma de dois fenômenos. O primeiro, intitulado de judicialização da política, deriva do próprio modelo constitucional brasileiro, diz respeito ao fato de que algumas questões de repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias

tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo. O segundo, intitulado de ativismo judicial, é caracterizado pelo avanço do Poder Judiciário em debates que não são de sua competência institucional em um Estado com poder tripartido.

Nesse contexto, não é possível afirmar, de maneira geral e a priori, se a atuação do Judiciário é ativista ou não. Tal afirmação é apenas possível no caso concreto. Existem, contudo, parâmetros objetivos para tal aferição, tem-se como exemplo os casos de grave afetação aos direitos fundamentais, nos quais o Judiciário possui competência revisora e, portanto, age dentro dos limites legais. Já o ativismo judicial poderá ser verificado nos casos em que a fundamentação for majoritariamente baseada em argumentos políticos, econômicos ou meramente consequencialistas.

Judicialização da Política e Direitos fundamentais sociais: Justificativas para sua análise e enquadramento teórico

Para tal análise, prossegue-se ao estudo dos direitos fundamentais sociais, justamente por sua característica de direito social e direito fundamental, o que lhes confere particular relevância. Como direito social, exigem prestações positivas do Estado. Como direito fundamental, sua essencialidade é tal que não podem ser modificados por maioria parlamentar contingencial.

Tradicionalmente, na República de Weimar e nos anos iniciais da Constituição de 1988, os direitos fundamentais sociais eram vistos como normas programáticas – normas que estabelecem diretrizes para o Estado – e não como direitos subjetivos. Sua garantia era de competência exclusiva do Executivo e do Legislativo, que teriam como dever formular e executar políticas públicas para efetivá-los. A partir dos anos 2000, tanto a doutrina quanto a jurisprudência brasileiras, passaram a entender os direitos fundamentais sociais como direitos subjetivos, atribuindo a eles justiciabilidade.

Um desses direitos fundamentais sociais é o direito ao mínimo existencial, estipulado em regra jurídica e cujo conteúdo é alvo de profundas discussões, que serão avaliadas no tópico a seguir.

Mínimo existencial: um estudo de direito comparado

Em virtude de o direito ao mínimo existencial ser direito fundamental social que tem como conteúdo os direitos fundamentais sociais entendidos como indispensáveis para um patamar elementar de dignidade humana, foi ele o direito escolhido para o estudo comparado da jurisprudência dos Tribunais Constitucionais do Brasil, Alemanha, México e Argentina.

As sentenças judiciais relativas ao mínimo existencial são exemplos paradigmáticos das críticas lançadas sobre o Judiciário, o qual, em virtude das decisões que profere quanto a esse tema, vem sendo taxado de ativista. Enquanto isso, parte da doutrina repudia tais críticas e assente com a atuação do Judiciário, compreendendo-a como devida e dentro dos parâmetros constitucionais.

Nesse sentido, é meritória a compreensão do tratamento jurisprudencial do mínimo existencial desde a primeira menção até os dias atuais. A escolha desses países não é aleatória. A Alemanha figura como o primeiro país a mencionar o mínimo existencial, em 1954. Em virtude da maior efetividade dos direitos fundamentais na realidade socioeconômica alemã comparativamente ao Brasil, a justificativa de seu estudo é a busca de contribuições para o desenvolvimento pátrio. Já países latino-americanos Argentina e México possuem realidade socioeconômica semelhante à brasileira, possibilitando o debate e viabilizando a identificação de modelos a serem seguidos, evitados ou propostos.

Ressalte-se que, nos países latino-americanos, a expressão utilizada para determinar o mínimo existencial é “mínimo vital”. No México, essa expressão está ligada majoritariamente a questões tributárias e salariais, afastando-se da proposta de mínimo existencial conforme a abordagem brasileira. Já na Argentina, não há qualquer menção ao termo na jurisprudência constitucional durante o período pesquisado.

Em pesquisas anteriores, já foi levantada a jurisprudência constitucional do Brasil entre 2004 (ano em que há a primeira referência expressa ao direito ao mínimo existencial pelo STF) até 2015. Este levantamento será atualizado neste projeto até 2017 e será investigada também a jurisprudência do STF no ano de 1994, relativa aos direitos à saúde e educação, já que não havia menção a mínimo existencial nas decisões de então e esses são os dois direitos fundamentais sociais que compõem brasileiro. Desse modo, será feito o estudo comparativo da jurisprudência constitucional durante o espaço de três décadas, averiguando-se os argumentos utilizados pelo STF para fundamentar as decisões que tratam dessa matéria, identificando-se a mudança ou não nesses argumentos e em que sentido.

Está sendo realizada pesquisa empírica tanto quantitativa quanto qualitativa. Sob o prisma quantitativo, serão pesquisados todos os acórdãos do STF que tratam do tema “direito à saúde” e “direito à educação” em 1994 e todos os seus acórdãos que tratam do tema “mínimo existencial” entre 2004 e 2017. Este é o mesmo lapso temporal analisado no México e na Argentina. No México, a expressão buscada no tribunal constitucional é “mínimo vital” e na Argentina, como não há referência a esse direito na jurisprudência constitucional, as expressões buscadas são “derecho a la salud” e “derecho a la educación”. Para a análise qualitativa, os argumentos utilizados na fundamentação das decisões são baseados no pensamento de Robert Alexy, desenvolvido em sua obra Teoria da Argumentação Jurídica. Dessa maneira, foi elaborada tabela contendo sinteticamente os seguintes itens: situação fática; principais razões da decisão; princípio(s) preponderante(s); precedente(s); doutrina (autor-obra); argumentos empíricos; argumentos extrajurídicos (políticos, históricos, morais, sociológicos, econômicos). O discurso jurídico (caso especial do discurso prático geral) é composto por argumentos institucionalizados na lei, precedentes e doutrina. Os argumentos extrajurídicos integram o discurso prático geral.

Ao final da pesquisa, serão verificados os argumentos utilizados para, a partir do percentual de sua incidência na fundamentação das decisões dos tribunais constitucionais estudados, concluir-se pela atuação ativista ou não do poder judiciário de cada realidade nacional. Sendo o ativismo judicial caracterizado pela ingerência indevida do Judiciário na competência dos demais poderes, constata-se sua ocorrência ou não pelos argumentos fundamentadores das decisões: se argumentos jurídicos, são de competência do poder judiciário; se argumentos extrajurídicos, são de competência dos demais poderes. Na primeira hipótese, não se configura o ativismo judicial, ao contrário do que ocorre na última hipótese.

Conclusões

Desse modo, as conclusões parciais a que se pôde chegar até o momento é que o Judiciário é um poder ao qual se cabe a revisão dos poderes Executivo e Legislativo, devendo atuar com parâmetros claros e critérios bem definidos para que sua ação não seja desarrazoada e injustificada. O posicionamento em favor do protagonismo judicial, quando injustificado, é danoso para o equilíbrio entre os Poderes e gera incentivo a arbitrariedades nas decisões judiciais, que devem ser fundamentadas argumentativamente, em cumprimento ao sistema de freios e contrapesos, integrante do princípio da separação dos poderes, com respeito à Constituição. Contudo, clara é a necessidade de proteção dos direitos fundamentais sociais pelo Judiciário. Desse modo, conforme previamente elucidado, a judicialização da política é consequência inequívoca da própria extensão do texto constitucional brasileiro.

Quanto ao mínimo existencial, seu conceito não é unânime em todas as conjunturas sociais e seu conteúdo varia conforme as condições socioeconômicas da realidade nacional, podendo ser mais restrito ou mais amplo. Como dito, no Brasil, compõem o mínimo existencial o núcleo essencial dos direitos à saúde e educação. Analisando o México, nota-se que sua jurisprudência constitucional padece de uma delimitação objetiva do que seja o mínimo vital e quais são os direitos por ele abarcados. A abordagem mexicana acaba reduzindo a força do direito ao mínimo vital por inserir nele diversos direitos, a maioria relacionada a aposentadorias, salários e outras questões trabalhistas.

Demais conclusões somente advirão do encerramento da pesquisa empírica, que se encontra em andamento.

Referências Bibliográficas

ALEXY, Robert. Teoria da argumentação jurídica. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ALEXY, Robert. Teoria Dos Direitos Fundamentais. 2ª ed. São Paulo: Malheiros., 2017.

BARCELLOS, Ana Paula de. Um debate para o neoconstitucionalismo: papéis do direito constitucional no fomento do controle social democrático: algumas propostas sobre o tema da informação. In: Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional: do passivismo ao ativismo judicial. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p.154-174.

FERREIRA, M. C. M. Justiciabilidade do Direito ao Mínimo Existencial: uma análise comparativa entre Brasil e Argentina. 125 f. Dissertação (Mestrado) – Direito, Universidade Federal de Juiz de Fora, 2017.

GOMES, N. A. S. Direito Subjetivo ao Mínimo Existencial: uma análise comparativa entre Brasil e México. 99 f. Dissertação (Mestrado) - Direito, Universidade Federal de Juiz de Fora, 2016.

LINS, Liana Cirne. Exigibilidade dos direitos fundamentais sociais e tutela inibitória coletiva das omissões administrativas. 300 fls. Tese (doutorado) – Direito, Universidade Federal de Pernambuco, 2007.

MEIRELES, Ana Cristina Costa. A Eficácia dos Direitos Sociais. Salvador, BA. Editora JusPodivm, 2007.

MÉXICO. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Disponível em: <[http://200.38.163.178/sjfsist/\(F\(5dNDcC0oMytMUSj29gyrcjWbWMcqc1Z_gSWfoYqUWrTHZoaSYL18_tC5%20MvotqOSc9ziDl6ur5ia3UFsMdli3h8dq9j221F4_TCcDnwLdYgJGcU6suX8lweL7BTFCi6rg89tZmXfh_jUNa9ha%20iOuiu5ms98-ASi-RAU2E3TA81\)\)/Paginas/Tesis.aspx](http://200.38.163.178/sjfsist/(F(5dNDcC0oMytMUSj29gyrcjWbWMcqc1Z_gSWfoYqUWrTHZoaSYL18_tC5%20MvotqOSc9ziDl6ur5ia3UFsMdli3h8dq9j221F4_TCcDnwLdYgJGcU6suX8lweL7BTFCi6rg89tZmXfh_jUNa9ha%20iOuiu5ms98-ASi-RAU2E3TA81))/Paginas/Tesis.aspx)>.

TAVARES, André Ramos. Justiça Constitucional de Direitos sociais no Brasil. In: Neoconstitucionalismo e Atividade Jurisdicional: do passivismo ao ativismo judicial. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p.137-153

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo Judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. Revista Direito GV, São Paulo, v.15., p. 37-57. jan./jun. 2012.

TOLEDO, C. Mínimo Existencial: a construção de um conceito e seu tratamento pela jurisprudência constitucional brasileira e alemã. In: MIRANDA, J. et al. *Hermenêutica, Justiça Constitucional e Direitos Fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2016. p. 821-834.

55. CRÍTICAS E POSSIBILIDADES DA POLÍTICA DE COTA RACIAL NA UFJF E O CRITÉRIO DA AUTODECLARAÇÃO

Aline Araújo Passos
Brenda Dutra Franco
Isabella Tostes Teixeira

Palavras-chave: Raça; Política; Ação afirmativa; Cota racial; Autodeclaração; Preconceito; Ingresso;

Caracterização do problema

Muito se discute sobre as formas que as cotas para ingresso nas universidades públicas estão sendo utilizadas. Atualmente, a forma de apuração da entrada dos candidatos nas instituições de ensino superior está sendo colocada em discussão, devido a indignação de diversos indivíduos. Nesse sentido, no início deste ano (2018) foi realizado um abaixo-assinado a fim de demonstrar que muitos cidadãos não compatibilizam com os meios utilizados para avaliar tal ingresso na universidade, pois alegam que não são rigorosos, nem justos o suficiente, tendo enfoque específico aos utilizados pelo Processo de Ingresso Seletivo Misto (PISM) realizado pela UFJF. Nota-se que, o abaixo-assinado trouxe como pauta tanto a autodeclaração, como também o ingresso por meio de declaração de renda.

A presente pesquisa tem enfoque especificamente na questão da autodeclaração e como a fraude das mesmas implicam na ineficácia das Políticas de Ações Afirmativas e do seu propósito de inclusão e superação das desigualdades sociais e do preconceito.

Justificativa

A discussão deste tema se torna de fundamental importância neste momento, visto que a Lei 12.711 de 2012 ao regularizar as situações das cotas no Brasil, determinou em seu Artigo 7º que:

"No prazo de dez anos a contar da data de publicação desta Lei, será promovida a revisão do programa especial para o acesso às instituições de educação superior de estudantes pretos, pardos e indígenas e de pessoas com deficiência, bem como daqueles que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas."

Assim, em apenas quatro anos tal política será revisada. Sendo de fundamental importância a participação e o engajamento da população, principalmente estudantil, para que a situação de fraude narrada acima se altere.

Ademais, foi instituída no dia 2 de março de 2018, pela portaria 307/2018, uma comissão de sindicância destinada a apurar denúncias de irregularidades no ingresso por cotas por meio do Sistema de Seleção Unificada (Sisu) e do Programa de Ingresso Seletivo Misto (Pism).

Todavia, tal comissão não elegeu critérios objetivos para apurar a candidatura dos estudantes, fazendo com que se instaurasse um ambiente de insegurança entre os alunos.

Ao fim e ao cabo, não pode ser observada uma postura proativa da comissão frente à problemática. Pois, apenas avaliar as denúncias realizadas, sem se preocupar em, de fato, tentar coibir futuras fraudes e fazer valer o regulamento acadêmico para aqueles que já estão matriculados, não é suficiente para tornar eficaz tal política de ação afirmativa.

Objetivos

Objetivos Gerais

A fim de compreender e analisar toda a questão envolvendo o ingresso pela cota racial na UFJF, pretende-se, através da análise do posicionamento dos próprios estudantes, instituir critérios para analisar as denúncias supracitadas.

Objetivos Específicos

- Realizar um levantamento histórico sobre a eficácia das cotas desde que as mesmas foram instituídas em 2012 pela lei Lei 12.711;
- Avaliar como estão sendo utilizadas as cotas de autodeclaração;
- Avaliar o posicionamento dos estudantes da UFJF frente ao tema;
- Discutir o melhor meio para avaliar a utilização de tais cotas;
- Verificar se as pessoas denominadas “pardas” deveriam ser detentoras do direito ao ingresso pela cota de auto-declaração;
- Determinar qual critério seria o mais adequado para substituir e/ou aprimorar a auto-declaração.

Hipótese

A hipótese da presente pesquisa é que o modelo tal como implementado atualmente não oferece critérios seguros para o escrutínio de uma comissão instaurada para verificar a autodeclaração de alunos que participam da rotina acadêmica por anos, em alguns casos até próximo do fim do curso.

Não se trata de abolir a autodeclaração, mas sim aprimorá-la. Pode-se instituir um questionário prévio a ser realizado no momento da inscrição para o PISM I, por exemplo.

Ademais, a Comissão verificadora estaria mais apta a atuar durante o período de homologação das matrículas na universidade, podendo e devendo neste momento realizar entrevista com o candidato e solicitar a apresentação da certidão de nascimento do mesmo, a fim de esclarecer se o que foi respondido previamente no questionário de inscrição e o que foi exposto na certidão condiz com a realidade do candidato. A proposta não seria valorar o que foi apresentado pelo candidato, somente esclarecer, tentando, assim, trazer segurança ao processo seletivo.

Procedimentos metodológicos

Marco Teórico

Trabalha-se aqui com a teoria formulada por Oracy Nogueira em seu texto “Preconceito racial de marca e preconceito racial de origem.” Assim, ele chega nas seguintes conclusões:

"Considera-se como preconceito racial uma disposição (ou atitude) desfavorável, culturalmente condicionada, em relação aos membros de uma população, aos quais se têm como estigmatizados, seja devido à aparência, seja devido a toda ou parte da ascendência étnica que se lhes atribui ou reconhece. Quando o preconceito de raça se exerce em relação à aparência, isto é, quando toma por pretexto para as suas manifestações os traços físicos do indivíduo, a fisionomia, os gestos, o sotaque, diz-se que é de marca; quando

basta a suposição de que o indivíduo descende de certo grupo étnico para que sofra as conseqüências do preconceito, diz-se que é de origem."

Pautando-se nessa análise teórica feita pelo autor, não se pode analisar política afirmativa tratando de apenas um viés do preconceito ligado à cor da pele. Pretende-se firmar um debate que vai além do colorismo, de modo que as cotas raciais se tornem plenamente eficazes, sem que as mesmas se tornem fontes de mais preconceitos e discriminações.

Técnicas

O método utilizado para este projeto segue com a finalidade de compreender e analisar toda a questão atual da utilização das política de cotas e o posicionamento dos próprios alunos da UFJF. Assim, foi realizado um questionário online, sendo obtidas 273 respostas com alunos de diversos cursos, o qual contava com perguntas como:

- O que a pessoa se considera; podendo responder: branco, pardo/negro/indígena ou prefiro não declarar;
- Se era a favor da política de cotas;
- Se considerava a autodeclaração um meio justo para o ingresso pela cota racial;
- Se acreditava que, na UFJF, a política de cotas alcança sua finalidade e pedindo para justificar caso não acreditasse;
- Qual tinha sido a cota utilizada pela pessoa ao ingressar na UFJF;
- Caso envolvesse, na pergunta anterior, alguma das cotas que utiliza-se do meio da autodeclaração (A ou D), o mesmo seria conduzido a uma pergunta específica, devendo responder se havia ou não utilizado a cota de maneira irregular, e caso tivesse se gostaria de se retratar frente a essa questão;
- Se já tinha escutado falar na comissão de verificação de autodeclaração que está sendo constituída na UFJF;
- Se era a favor da instauração dessa comissão;
- Se era a favor de alunos que já iniciaram a graduação serem desligados do seu curso por terem usado a cota de modo irregular?
- E, por fim, se a pessoa fosse encarregada de avaliar, através de critérios objetivos, os candidatos que planejam ingressar na UFJF por meio de autodeclaração, quais critérios objetivos poderiam ser utilizados e por que.

Resultados

Ao aprofundar o estudo das políticas das ações afirmativas, percebe-se que a discussão é muito mais profunda do que se observa em um primeiro momento. A tentativa de criar um critério satisfatório para avaliar o ingresso por cota racial, leva a questão do que define uma raça, ou até se existem raças.

A mera análise da cor não retrata os preconceitos, a vivência pessoal de cada um e nem a forma como a pessoa se enxerga. Ser pardo, preto ou indígena é uma construção sociocultural complexa, de modo que uma análise racial realizada por terceiros no processo de ingresso poderia fomentar o preconceito já existente - essa foi uma resposta de um dos alunos que participaram da pesquisa através do formulário online.

A partir dessa visão, não seria incorreto dizer que a autodeclaração é um meio justo. Todavia, com as fraudes esse critério caiu em descrédito. Tal entendimento se assemelha ao verificado na pesquisa realizada entre os alunos da UFJF, onde, ao mesmo tempo que 89% dos entrevistados são a favor das cotas, 77% acredita que essa não alcança sua finalidade na UFJF, esses dados foram obtidos a partir da mesma pesquisa citada no parágrafo anterior.

Ademais, discute-se se os pardos seriam detentores do direito da cota racial, visto que tal termo é muito abrangente e não condiz com a realidade de quem realmente sofre algum tipo de preconceito racial no Brasil. O ato preconceituoso sempre foi inerente à visão, tanto que o colorismo - ato de discriminação, de acordo com a pigmentação de tons mais negros que os outros - serve de evidência a isso, o que não abrange a população parda, que deliberadamente não sofre das mesmas condições.

Por fim, espera-se que qualquer critério, futuramente, definido seja publicizado no Edital de ingresso da UFJF, para que assim possa ser oponente aos candidatos. Além disso, essa alteração não poderá atingir quem já entrou na universidade por meio da autodeclaração. Ressalva-se que isso não significa dizer que a apuração das fraudes à autodeclaração não devam ser realizadas, mas apenas que deva ser feita com base em critérios já existentes e positivados no RAG da UFJF (Regimento Acadêmico da Graduação).

Referências Bibliográficas

ABAIXO-ASSINADO: FISCALIZAÇÃO DE FRAUDE ÀS COTAS RACIAIS. Disponível em: <https://www.change.org/p/diaaf-ufjf-fiscaliza%C3%A7%C3%A3o-de-fraude-%C3%A0s-cotas-raciais?recruiter=false&utm_source=share_petition&utm_medium=copylink&utm_campaign=share_petition&utm_term=share_page>. Acesso em: 17 fev 2018

AUTODECLARAÇÃO E POLÍTICA DE COTAS NA UFJF - FORMULÁRIO ONLINE. DISPONÍVEL EM: <https://docs.google.com/forms/d/e/1FAIpQLSfQ58mf4KqPpfIHZ5u4ZVcxE8JsMwi8ulaeVWYj0Zk5sxGcVw/viewform?usp=sf_link>. Realizado de 26 abr a 2 mar 2018

COMISSÃO APURA DENÚNCIAS DE IRREGULARIDADES EM PEDIDOS DE INGRESSO POR COTAS. Disponível em: <<http://www.ufjf.br/noticias/2018/03/02/comissao-apura-denuncias-de-irregularidades-em-pedidos-de-ingresso-por-cotas/>>. Acesso em: 22 abr 2018

COMISSÕES FISCALIZAM O INGRESSO DE ESTUDANTES NA UNIVERSIDADE. Disponível em: <<http://www.ufjf.br/noticias/2018/01/26/comissoes-fiscalizam-o-ingresso-de-estudantes-na-universidade/>>. Acesso em: 22 abr 2018

ESTUDOS E ANÁLISES: INFORMAÇÃO DEMOGRÁFICA E SOCIOECONÔMICA - CARACTERÍSTICAS ÉTNICO-RACIAIS DA POPULAÇÃO. Disponível em: <<https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv63405.pdf>>. Acesso em: 24 abr 2018

ESTUDANTES E MOVIMENTOS SOCIAIS DENUNCIAM FRAUDES NAS COTAS DA UFJF. Disponível em: <<https://tribunademinas.com.br/noticias/cidade/01-03-2018/estudantes-e-movimentos-sociais-denunciam-fraudes-nas-cotas-da-ufjf.html>>. Acesso em: 22 abr 2018

LEI 1271,1 DE 29 DE AGOSTO DE 2012, dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12711.htm>. Acesso em: 01 maio 2018

MEDIDAS GARANTEM QUE CRITÉRIOS PARA INGRESSO POR COTAS SEJAM OBEDECIDOS. Disponível em: <<http://www.ufjf.br/noticias/2018/02/16/medidas-garantem-que-criterios-para-ingresso-por-cotas-sejam-obedecidos/>>. Acesso em: 22 abr 2018

NOGUEIRA, Oracy. Preconceito racial de marca e preconceito racial de origem: Sugestão de um quadro de referência para a interpretação do material sobre relações raciais no Brasil. Revista Anhembi, abril. São Paulo, 1955.

UFJF IMPLANTA SISTEMA PARA AVALIAR ALUNOS QUE INGRESSAM POR MEIO DE COTAS RACIAIS. Disponível em: <<https://g1.globo.com/mg/zona-da-mata/noticia/ufjf-implanta-sistema-para-avaliar-alunos-que-ingressam-por-meio-de-cotas-raciais.ghtml>>. Acesso em: 22 abr 2018

56. O SENSÍVEL LIMITE DA INTERFERÊNCIA DO DIREITO NAS TRADIÇÕES CULTURAIS

Marcelo Correa Giacomini
Marlon Andrelucio Alves Fontoura Junior
Mariana Braga Marciano

Palavras-chave: Cultura; Roy Wagner; Teoria do Direito; Antropologia; Sociologia Jurídica.

O Positivismo Jurídico, especialmente de matriz Kelseniana, é criticado principalmente pela sua concepção formalista e autônoma do Direito, uma das formas de crítica a esse paradigma, pode ser encontrada na obra de Karl Larenz, quando este tem estudos que buscam demonstrar que o Direito poderia ser interpretado de forma mais adequada como um fenômeno complexo (LARENZ, 1991, p. 261). Nessa concepção o Direito possui diversas “disciplinas” que não são isoladas, mas sim, trabalham em conjunto e contemplam o mesmo objeto sob um aspecto compreensivo e não meramente explicativo.

Essas formas de ver o Direito se dirigem a um mesmo objeto, o próprio Direito, seja para fundamentá-lo, explica-lo ou demonstrar os seus efeitos de aplicação na realidade social onde se encontra. Este último aspecto é abordado pela sociologia Jurídica, parcela da ciência do Direito que busca demonstrar a relação necessária entre um Ordenamento Jurídico e uma realidade social a qual ele pertence. Enquanto a Sociologia Jurídica visa abordar os efeitos da norma na sociedade, um antropólogo jurídico buscaria estudar a forma com que as variadas culturas lidam com o ordenamento, seja na aceitação ou rejeição do mesmo.

Mas assim como já mencionado, o Direito não é composto por isoladas ciências, mas sim pela interação entre elas, e nesse caminho que buscamos seguir: estudar e demonstrar os efeitos do Direito em culturas que se mostram isoladas, ou que rejeitam completamente ou parcialmente o ordenamento, e como elas se portam perante o mesmo.

Primeiramente é importante entender a noção de cultura. Contudo, essa ideia, ainda é muito discutida, dado que não há uma resposta concreta para a pergunta “O que é Cultura?”. Roy Wagner, antropólogo americano, afirma que a definição de cultura, assume não apenas uma postura, já que poderíamos falar, por exemplo, de uma concepção usual desse conceito – uma forma de olhar para o homem, de falar sobre o homem e seus casos particulares sob uma determinada perspectiva. Outro entendimento que ele traz em seu texto, *A Invenção da Cultura*, é que a cultura é uma manifestação simbólica de práticas sociais.

Dito isso, falar de cultura nesses termos traz consigo a ideia de que produzimos cultura, mas que isso não implicaria que seja possível definir aquilo que ela é em termos universais, a partir de uma experiência local, logo uma cultura não poderia ser hierarquicamente superior à outra. Além do mais, as culturas se perpetuam pelo fato de que os homens que seguem determinados costumes são frutos do próprio meio cultural, ou seja, reproduzem os hábitos e ideias que lhe são postas pela tradição na qual é inserido.

De forma mais clara, podemos enxergar essa “relatividade cultural” ao observar o Brasil por exemplo. Pode-se falar em uma cultura brasileira, que aceita ou rejeita determinadas ações de forma unânime ou quase unânime, não obstante, as diferentes regiões fazem suas culturas, e os nascidos nela perpetuam os costumes da mesma, sejam eles de acordo ou não com o Ordenamento Vigente. Além disso, existem determinadas regiões, com grupos culturais que não são inseridos no ordenamento, seja por não aceitarem as normas postas pela Ordem Jurídica, ou por fugirem do que ela considera adequada dentro de suas culturas, já que há, assim como dito anteriormente, uma relação necessária entre o Direito e a realidade social em que é colocado.

É mais fácil de ver essas situações quando mostradas em algo concreto, e por esse motivo iremos observar duas situações, primeiro a questão da Vaquejada, uma vez que se trata de uma cultura que é inserida no Ordenamento, e que teve um de seus costumes julgados pelo Supremo Tribunal Federal (ADI 4983), e em outro momento, analisaremos o caso das Tradições Indígenas em que as mulheres abandonam as crianças portadoras de deficiência física nas matas após a realização do parto.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade número 4983 julgou como inconstitucional uma lei estadual do Ceará, que regulamentava a vaquejada. O argumento utilizado pelo relator é que essa norma criada não entrava em conformidade com o Ordenamento, sendo que a Vaquejada, tradição no estado, promovia a crueldade e maus tratos com os animais. Por outro lado, a defesa, alegava que a Vaquejada era um costume, e fazia parte da cultura, e por esse motivo, o Estado não deveria intervir. Embora tenha havido divergências dentro da Corte, foi definido que a prática era de fato inconstitucional. Essa situação colocada anteriormente encontra conflitos por se tratar de culturas distintas: os praticantes da vaquejada, e os que não a praticam; e como já exposto, pela existência de um “relativismo cultural”, não deveria uma cultura ter o poder de mudar a outra, todavia, nesse caso, os praticantes são inseridos e aceitam o Ordenamento, embora eles não tenham aceitado essa norma em específico, o que faz com que a possibilidade de influência seja mais ampla.

Uma segunda situação ainda mais problemática é a do caso das Tradições Indígenas que cometem o Infanticídio, e, por se tratar de algo cultural das tribos indígenas, não é considerado como crime. Mesmo que alguns projetos contra essa prática existam, eles ainda encontram dificuldades, dado que esbarram com a ideia de cultura, e, as situações em que o exercício do infanticídio é realizado, são casos em que os nascidos seriam considerados, pela cultura, como “amaldiçoados”. Ou seja, essa situação se torna ainda mais problemática, posto que, caso o ato não seja realizado, a criança, seria de toda forma, excluída do meio social em que foi concebida. Além disso, essas culturas são sub incluídas, ou até mesmo excluídas do Ordenamento, logo, recusam totalmente ou parcialmente as normas vigentes, e por esse motivo, a interferência do Estado nessas tradições seria prejudicial à própria cultura.

Com isso o que buscamos com o objetivo geral é colocar em debate, à luz desses autores sobre um juízo prévio que se possa fazer, da condição de intervenção do Estado, sobre assuntos que envolvem a definição de cultura, baseado em princípios universalistas. Enquanto objetivo específico, analisar os casos de acordo com essa discussão.

Analisando os dois casos, vemos que há uma divergência nas considerações: em um caso o Estado intervém na cultura, em outro não. Resta então saber qual o limiar entre a intervenção e a não intervenção a partir da conceituação de cultura. Primeiro devemos perceber a retomada ao fundamento para a sociologia do Direito – a relação essencial entre o Direito e a realidade social em que foi criado. Em seguida, observaremos a forma como o antropólogo do Direito analisa tais situações.

Assim como apresentado anteriormente, no primeiro caso, a vaquejada, os participantes do evento são membros da Ordem Jurídica, e nela inseridos completamente, e mesmo que não aceitem todas as normas, essas não perdem sua validade, logo, todas as regras estaduais criadas no estado onde ocorre esse evento devem ser feitas em conformidade com a Constituição Federal, e por esse motivo, o Estado intervém na tradição. Por outro lado, as variadas tribos indígenas que adotam aquele costume, podem estar inseridas no campo geográfico onde o ordenamento é vigente, contudo isso não faz com que eles não sejam isolados. Logo, como poderíamos compulsivamente forçar uma cultura a deixar seus costumes estando ela “excluída” da Ordem Jurídica.

Além desse ponto de vista dos efeitos da aplicação, podemos pensar também como essas culturas recebem determinadas influências. No primeiro caso, podemos julgar que, embora os praticantes não considerem a vaquejada como algo cruel para o animal, a despeito de não

acreditarem que a decisão do STF fora justa, a norma é válida, e eles a verão como norma válida, e saberão que caso a descumpram, punições serão postas contra quem a infringir. Já para as tribos que são isoladas, o Direito não é considerado por eles como “válido”, logo é possível questionar se seria possível uma interpretação compreensiva do Direito levando em consideração a noção de cultura adotada pela própria cultura. Além disso, mesmo que aceitassem os efeitos da intervenção do Estado nesses casos, acarretariam graves consequências futuras tanto para a cultura, quanto para a criança que nascesse inserida na tradição, porquanto seria considerada pelos outros membros do mesmo grupo social como “amaldiçoada”.

Visto isso, é perceptível que, as várias “faces” do Direito não trabalham sozinhas, mas sim, interagem entre si. E que de fato, a parcela da manifestação simbólica de práticas sociais em que o Direito foi “concebido”, sendo um Direito uma ciência compreensiva, deve ter influência na sua aplicação, de forma a evitar decisões arbitrárias e que podem vir a causar danos nas demais culturas.

Referências Bibliográficas

BOURDIEU, Pierre. A força do direito: Elementos para uma sociologia do campo jurídico. In:

BOURDIEU, Pierre. O PODER SIMBÓLICO. Lisboa: Bertrand Brasil S.A, 1989. cap. VIII, p. 209-235.

G1, Fantástico. Disponível em: <<http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2014/12/tradicao-indigena-faz-pais-tirarem-vida-de-crianca-com-deficiencia-fisica.html>>. Acesso em 20 de abril de 2018

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito / Hans Kelsen ; [tradução João Baptista Machado]. 6ª ed. - São Paulo : Martins Fontes, 1998. – (Ensino Superior)

LARAIA, Roque de Barros, 1932- Cultura: um conceito antropológico. — 14.ed. — Rio de Janeiro: Jorge "Zahar, 2001

LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito. 3. ed. Berlin: Fundação Calouste Gulbenkian, 1991. 727 p.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, Nº 4.983, CEARÁ, 12/08/2015. DISPONÍVEL EM: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4983relator.pdf>>

WAGNER. Roy A invenção da cultura I Roy Wagner tradução Marcela Coelho de Souza e Alexandre Morales São Paulo: Cosac Naify, 2010 Título original: The Invention o Culture

57. TUTELA JURISDICIONAL EM SAÚDE: força normativa constitucional e direito como integridade

Waleska Marcy Rosa
Jefferson Alves de Souza Filho
Lays Gomes Martins

Palavras-chave: Direito como Integridade, Força Normativa da Constituição, Tutela Jurisdicional da Saúde.

O Direito como Integridade, pontuado por Dworkin, tem possibilidade de manifestar-se na praxis quotidiana. Junto à ideia de eficácia normativa constitucional de Hesse, pode, inclusive, colaborar sobremaneira para o desenvolvimento de uma comunidade política, juridicamente organizada, que tenha como premissa a facilitação do desenvolvimento das capacidades do homem em sua plenitude. Entretanto, tem-se percebido a atenção a esses dois ideais, quando da prestação de tutela jurisdicional como um todo? É possível a afirmação quanto ao sim ou quanto ao não?

Dworkin (1999) entende que os conflitos de princípios, estabelecidos nos sistemas juridicamente organizados, podem ocorrer mesmo entre a equidade, a justiça e o devido processo legal - entendidos estes como corolários magnos do Estado Democrático de Direito -, devendo-se partir da percepção da virtude da integridade no Direito como sendo externa ao sistema de justiça, caso contrário correria o risco ela mesma de entrar em litigância contra os demais princípios já referidos. Por essa mesma razão, ainda, deve-se levar em consideração, quanto ao ideal de integridade, que a análise de determinado caso concreto deva refletir todos os casos já discutidos e decididos no passado, bem como projetar um olhar para o futuro, para a comunidade que se deseja instituir, num duplo movimento que leva à conclusão de que os juízes tanto descortinam quanto criam o Direito.

A comunidade que se deseja construir é aquela cuja identidade se associe ao ideal de comunidade personificada, descrita por Dworkin (Idem) como um agente moral ímpar, instituído pela coletividade de indivíduos políticos, juridicamente organizada, a fim de que se outorguem a ele existência e poder próprios. Cada indivíduo componente da totalidade social, então, passa a perceber-se como parte desse todo, devendo, portanto, obedecer cada decisão política da comunidade personificada justamente por ter contribuído, politicamente, para a eleição das questões, em forma e conteúdo, que devam receber tutela jurídica. Essa obediência decorre do aperfeiçoamento do sentido de vínculo do indivíduo à sua comunidade, de modo que, utilizando-se da integridade como baliza externa ao sistema jurídico, ele se torne em agente da legitimação do poder concedido à coletividade em que se insere, de modo que se torne quase incontestável a execução da vontade do Estado instituído, também, por sua própria vontade.

A vontade do indivíduo - inserido numa comunidade personificada - compõe, desse modo, a vontade do próprio ente coletivo, e a integridade, incidente na análise das questões políticas e dos casos concretos levados à apreciação judicial, torna uma a atuação do ente personificado, legitimando suas escolhas legislativas e jurisdicionais de modo absoluto.

Entretanto, não se deve observar a virtude da integridade como mero instrumento de unicidade jurídica, mas, principalmente, como ferramenta para o combate à “incoerência de princípio entre os atos do Estado personificado” (DWORKIN, 1999, p.223).

A Integridade no Direito, se observada, portanto, sob sua faceta de princípio judiciário, passa à instrução dos juízes a “identificar direitos e deveres (...) a partir do pressuposto de que foram todos criados (...) [pela] comunidade personificada, expressando uma concepção coerente de justiça e equidade” (DWORKIN, 1999, p.271).

Logo, a exigência que se impõe aos juízes, frente ao Direito como integridade é a de que eles promovam sua prática judicativa a partir de um corpus principiológico congruente, sob o qual reinem a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, de modo a que, frente às novidades decorrentes das evoluções social, científica e tecnológica que se materializam no âmbito do complexo de relações da vida, possam referidos magistrados aplicar tais princípios ao julgamento solicitado por cada sujeito componente da comunidade personificada, segundo as mesmas normas (DWORKIN, 1999, p.291).

Entretanto, o Direito como integridade, per se, não é suficiente para a concretização material do Estado Democrático de Direito, porque a própria força normativa da Constituição é determinante quanto à apresentação fática das condicionantes normativas constitucionais, eleitas como tal pela comunidade política juridicamente organizada.

A tese de Hesse (1991) quanto a esse poder regulador da Constituição decorre exatamente de seu entendimento quanto à carta política ser mais do que mera peça jurídica formal. O que ele entende é que a Constituição apresenta força própria, relacionada a seu grau de ajuste à realidade fática. Assim, não existe a Constituição jurídica de modo independente das condicionantes materiais de sua vigência bem como de sua eficácia, mas sim em harmonia com a vontade dos sujeitos que a instituem, sem, no entanto, poder-se falar em mera ratificação, por aquela, das relações de poder por estes estabelecidas. A correspondência jurídica da Constituição formal à realidade fática, entretanto, não é o único requisito para o estabelecimento de sua força normativa, sendo os demais apresentados ao logo do texto completo que este resumo pretende sintetizar.

Por fim, é preciso que se informe que, para se atingir o objetivo principal deste estudo - qual seja a produção de inferências descritivas, a partir da análise argumentativa de sentenças prolatadas, pelas Fazendas Públicas, em ações de medicamentos na comarca de Juiz de Fora -, propõe-se a adoção da metodologia em pesquisa empírica postulada por Epstein e King (2013), tomando-se, entretanto, o cuidado que se pode apreender das recomendações estabelecidas por Westerman (2011) quanto à necessidade de estabelecimento de referencial teórico em Direito, no sentido de ser o próprio sistema de regras jurídicas, simultaneamente, a perspectiva a se adotar para a observação pretendida, bem como o próprio objeto com cuja análise se compromete o trabalho.

A intenção é que se demonstre que o padrão jurisdicional estabelecido, no tempo e no espaço delimitados a seguir, quanto às ações de medicamentos, vai de encontro ao ideal de integridade que referencia este trabalho, no sentido de que as decisões prolatadas estão em desacordo com princípios importantes para a manutenção de toda a aparelhagem da comunidade personificada em Estado Democrático de Direito, tais como aqueles reguladores da atividade financeira desse ente.

Para tanto, proceder-se-á à análise de julgados, processados e sentenciados nos juízos de primeira instância de Juiz de Fora, onde tenham sido ajuizadas ações de medicamentos. A escolha desse tipo de ação - as ações de medicamentos - para exame e inferenciação teoricamente embasada decorre da natureza mais geral da investigação a que se propõe o estudo: a judicialização do acesso à saúde no município de Juiz de Fora. Em atenção à replicabilidade, tomou-se o cuidado de se registrar todo o processo de coleta, seleção, revisão e exclusão de dados para a pesquisa.

Os dados utilizados são as sentenças em ações de medicamentos propostas contra o Município de Juiz de Fora ou o Estado de Minas Gerais, emitidas entre 2015 e 2017 pelas Fazendas do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, localizadas na comarca de Juiz de Fora-MG. Assim, fez-se o acesso ao site do Tribunal, procedendo-se pelo caminho: <http://www.tjmg.jus.br/> > “Pesquisa de Jurisprudência” > Aba “Sentenças” > “Pesquisa avançada” > “Pesquisa livre” > No campo “*Palavras”, escrever “medicamento”, deixando o botão “Todas as Palavras” acionado > No campo “Comarca”, procurar “Juiz de Fora” > No

campo “Órgão Julgador”, selecionar o órgão jurisdicional cujas sentenças de medicamentos se deseje analisar > Em “Resultados por Página”, selecionar a opção numérica “50” > “Pesquisar”. Os órgãos jurisdicionais cujas sentenças foram analisadas são a vara da Fazenda Estadual e as varas da 1ª e 2ª Fazendas Municipais. As sentenças excluídas de apreciação foram aquelas que incluíam insumos ou procedimentos - e não medicamentos - como pedido, bem como aquelas propostas em face de pessoa de Direito diferente do Município de Juiz de Fora ou o Estado de Minas Gerais.

Os resultados preliminares não são muito satisfatórios: além de indicar uma padronização dos pronunciamentos judiciais a respeito das questões levadas à avaliação dos magistrados, parecem não respeitar a integridade do sistema de princípios que embasam o ordenamento jurídico constitucional, tais como os princípios restritivos quanto às finanças públicas, devido à tendência, quase unânime, pelo provimento em procedência dos pedidos, sem, no entanto, parecer, pela análise das sentenças, que tenha havido grande consideração acerca dos dados específicos de cada caso - como a padronização mencionada indica.

Referências Bibliográficas

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 1988, DF: Senado Federal. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2018.

DWORKIN, Ronald. O império do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 1999, pp..EPSTEIN, Lee; KING, Gary. Pesquisa empírica em Direito: as regras de inferência. São Paulo : Direito, GV, 2013.

GRECO, Leonardo. Instituições de Processo Civil. Volume II: Processo de Conhecimento. Rio de Janeiro: Gen-Forense, 2010, p.330.

HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, pp.9-29.

PERLINGEIRO, Ricardo. A tutela judicial do direito público à saúde no Brasil. Direito, Estado e Sociedade (Impresso), Vol. 41, 2012, pp. 184-203. Disponível em: <<http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/9artigo41.pdf>>. Acesso em 31 mar. 2018.

WESTERMAN, Pauline C. Open or autonomous: the debate on legal methodology as a reflection of the debate on Law. In Methodologies of Legal Research: Which kind of Method for What Kind of Discipline? Edited by Mark Van Hoecke, HART Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2011, pp.87-110.

**58. DIREITO HUMANO À ALIMENTAÇÃO ADEQUADA NO
CONTEXTO DAS POLÍTICAS DE AUSTERIDADE
ECONÔMICA: indivisibilidade entre o viver, trabalhar e alimentar trabalho
vinculado ao projeto REJA – Rede de Estudos e Pesquisa em Justiça Alimentar**

Leonardo Alves Correa
Julia Carla

Palavras-chave: Direito Humano à alimentação adequada; Direito Humanos; Direito do Trabalho

Nos últimos anos, o Governo Federal adotou como matriz política a radicalização de uma política econômica da austeridade estruturada, basicamente, na aprovação de um novo regime fiscal e na precarização das relações de trabalho. Nessa perspectiva foi aprovada em 14 de julho de 2017, a Lei 13.467 que modificou mais de 100 pontos da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Sob a alcunha de Reforma Trabalhista, teve como principal fonte motivadora, segundo seus apoiadores, o crescimento da economia nacional pela “suposta” flexibilização das regras norteadoras da relação de trabalho e emprego.

O objetivo do presente trabalho é apresentar reflexão sobre a possível relação entre a flexibilização das relações trabalhistas e as violações ao direito humano à alimentação adequada.

O direito humano à alimentação adequada (DHAA) – positivado no artigo 25º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, art. 11º do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), artigo 6º da Constituição da República – deve ser interpretado a partir de duas perspectivas complementares: (i) o direito de estar livre da fome/má nutrição e, ao mesmo tempo, (ii) o direito à alimentação adequada. Esta dupla dimensão representa, assim, o verdadeiro núcleo essencial do direito humano à alimentação adequada cuja principal função jurídica é fundamentar e legitimar a elaboração e monitoramento das políticas públicas de segurança alimentar e nutricional (SAN).

O fato é que a reforma trabalhista poderá atingir em cheio a saúde e segurança alimentar do trabalhador, na medida em que altera substancialmente a vida e a rotina do mesmo, mormente no que tange aos intervalos para repouso e alimentação e àqueles identificados no deslocamento da residência ao local de prestação dos serviços e vice-versa.

Primeiramente é importante analisar a legislação ora revogada, a começar pelo intervalo intrajornada antes concedido por no mínimo 1 hora, para as jornadas superiores a 6 horas. Tal período, destinado ao repouso e à alimentação do trabalhador, nos termos da Súmula 437 do Tribunal Superior do Trabalho, não poderia ser extirpado ou reduzido, sob pena de pagamento total do período suprimido com acréscimo de 50% sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho.

A intenção da norma era garantir as medidas de higiene, saúde e segurança do trabalho, eis que o tempo destinado à alimentação e ao repouso se traduz em natureza de ordem pública indisponível e não transacionável.

Como segundo ponto, o intervalo denominado “horas in itinere”, que visava proteger o tempo em que o trabalhador permanecia à disposição de seu empregador. O artigo 58, §2º da CLT, era claro ao afirmar que o período despendido pelo empregado até o local de prestação dos serviços, bem como para seu retorno à residência, seria computado na jornada de trabalho quando o trabalho se desse em local de difícil acesso ou não servido por transporte coletivo e com condução fornecida pelo empregador. Aqui, fácil perceber que a intenção do legislador caminhava no sentido de preservação do tempo do empregado, dando-lhe uma contraprestação pela perda do período útil desperdiçado no deslocamento para o trabalho.

Com a nova regra celetizada, vê-se um prejuízo para o trabalhador, que teve usurpado seu direito e não mais receberá qualquer quantia em razão do tempo de deslocamento, e que poderá ter seu intervalo reduzido através de acordo ou negociação coletiva, além de não mais perceber remuneração pela hora integral nos casos de supressão parcial do período destinado ao repouso intrajornada.

Tais circunstâncias poderão alterar fundamentalmente a saúde alimentar do trabalhador que, ou não terá o mesmo tempo para sua alimentação no curso da jornada, ou não será remunerado pelo período em que passar, no trânsito, à disposição do trabalhador.

Renato Maluf e Márcio Reis, em artigo publicado no livro *Segurança Alimentar e Nutricional*, são categóricos ao afirmar que o ato de se alimentar vai para além das barreiras de saciar a fome, mas respeita a pessoa em sua cultura e em suas vivências familiares e sociais. Por outro lado, o Guia Alimentar para a População Brasileira formulado pelo Ministério da Saúde, é claro ao versar a importância de incentivar a população a priorizar os cuidados com a saúde alimentar, ingerindo produtos menos processados e de modo mais consciente, no caminho inverso ao que vem sendo instaurado pela indústria.

Entretanto, na medida em que a rotina laboral do trabalhador é modificada, pode-se falar em implicações diretas em sua alimentação, seja na qualidade, na quantidade ou, ainda, no tempo gasto com o preparo e cuidados alimentares. Em primeiro lugar porque reduzindo o tempo de almoço do empregado, está se impedindo que o mesmo faça melhores escolhas alimentares, priorizando o simples saciar a fome e não a verdadeira intenção do legislador primevo de proporcionar recuperação das energias e ambiente alimentar saudável ao empregado. Além disso porque, deixando de remunerá-lo pelo tempo de deslocamento, estar-se-á privando-o da verba necessária para fazer compras de maneira mais consciente e adequada, nos moldes da previsão contida no Guia Alimentar.

Há se frisar que para se garantir o Direito Humano à Alimentação Adequada, deve-se buscar remuneração digna, eis que considerável parte da renda do trabalhador médio é destinada à sua alimentação. Nesse ponto, tem-se que a possibilidade de se suprimir do empregado verba que anteriormente estava habituado a receber, reduzirá não apenas seu salário, mas principalmente seu poder de compra de alimentos.

Parece-nos claro que o trabalhador se verá, a partir de agora, privado não apenas em sua vida financeira, mas permanecerá cada vez mais à disposição de um empregador que não parece se importar com sua saúde, e tendo ainda mais seu tempo desperdiçado, enquanto a legislação nutricional caminha no sentido de proporcionar maior acesso a alimentos naturais, desestimulando o consumo dos ultraprocessados.

Ainda não temos notícias da extensão das consequências de tais medidas trabalhistas, entretanto, já se pode vislumbrar que, num futuro breve, parcela considerável da população obreira do país venha sofrer com índices progressivamente mais altos de obesidade e sobrepeso. E, nesse passo, também as doenças crônicas não transmissíveis permanecerão sobrecarregando os equipamentos públicos, precarizando não apenas a relação de trabalho, mas também o Sistema Único de Saúde nacional.

Referências Bibliográficas

CORRÊA, Leonardo. SILVA PEREIRA, Mateus H. Políticas públicas de Segurança Alimentar e Nutricional e as restrições alimentares: a construção institucional da agenda do Direito Humano à Alimentação para as pessoas com necessidades alimentares especiais. (IN)

CORRÊA, Leonardo (org). *Direito à alimentação, políticas públicas e restrições alimentares: entre a invisibilidade e o reconhecimento*. Faculdade de Direito da UFJF: Juiz de Fora, 2017.

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.

MALUF, Renato S. Segurança Alimentar e Nutricional. Rio de Janeiro: Vozes, 2007.

MALUF, Renato S.; REIS, M. Conceitos e Princípios de Segurança Alimentar e Nutricional. (IN) Segurança Alimentar e Nutricional: perspectivas, aprendizados e desafios para as políticas públicas. – Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2013.

MALUF, Renato S.; REIS, M. Segurança Alimentar e Nutricional na Perspectiva Sistêmica. (IN) Segurança Alimentar e Nutricional: perspectivas, aprendizados e desafios para as políticas públicas. – Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2013

59. O COMBATE À CORRUPÇÃO E O PERIGO DA EXPANSÃO DO PUNITIVISMO

Ellen Cristina Carmo Rodrigues
Rebeca Angel De Oliveira

Palavras-chave: Direito Penal. Corrupção. Sociedade do Risco. Expansão do Direito Penal. Administrativização do Direito Penal.

O presente trabalho tem como objetivo refletir acerca da recente onda legislativa que tem como finalidade a proteção de bens jurídicos coletivos, através de tipos penais destinados à proteção do sistema econômico e de prisões no Brasil impetradas pela Polícia Federal e demais agências de controle das quais são alvo sujeitos que historicamente não contavam com uma eficiente persecução penal, tais como políticos e membros da elite brasileira.

Nessa esteira, busca-se questionar se tal estado de coisas poderia ser compreendido como uma espécie de “expansão do direito penal”, camuflada por um ideal de justiça propagado pelos meios de comunicação e, sobretudo, por representantes do próprio judiciário, tribunais superiores e legislativo, com o apoio de boa parte da população, que, no entanto, significam o esvaziamento de garantias penais e constitucionais.

A chamada sociedade do risco, como é designada a sociedade atual por boa parte da doutrina penal, caracterizada pela insegurança e incerteza produzida pela ideia de mau, inimigo e constante perigo social, altera o olhar que a sociedade lança sobre as perturbações da vida pública e as condutas consideradas delituosas. Nesse contexto, emerge o falso ideal de que o Estado através de seu braço mais forte, qual seja, o Direito Penal, garantirá um retorno a um estado de paz e tranquilidade e que as questões de uma complexa realidade serão facilmente resolvidas.

Historicamente, a persecução penal se dirige a um público específico, ordenados pelas agências de criminalização primária que decidem as pessoas que serão criminalizadas e as vítimas potenciais que serão protegidas. Essa orientação leva a um etiquetamento daqueles que serão selecionados como delinquentes e criminosos, tornando-os mais vulneráveis ao processo de criminalização. Por isso, a doutrina afirma que se torna mais difícil que outra clientela seja atingida pelas agências de criminalização secundárias, dizendo respeito também àqueles que cometem os delitos de poder econômico ou “crimes de colarinho branco”.

Ocorre que, de modo excepcional, o poder punitivo se volta a outros agentes que não a sua clientela predefinida. Os casos que não se enquadram nessa posição de vulnerabilidade do sistema penal, para se encontrarem com o poder punitivo precisam de uma cessação da proteção que detém advinda de uma luta de poder hegemônico, denominada pela doutrina de “criminalização devida à falta de cobertura”. Somente serão punidos aqueles que escaparem da proteção conferida pelo status social por não se encaixarem no estereótipo de criminosos.

Nesse sentido, é possível a ponderação acerca das prisões efetuadas contra os agentes do poder político e econômico em âmbito nacional, isto é, essa nova onda punitiva que se realiza no Brasil pode significar uma opção dos que estão no sistema de mantê-lo com o mínimo de abalo possível, realizando uma seleção dos puníveis e indicando os culpados. Assim sendo, deve-se refletir se a criminalização desses agentes significa um real combate à corrupção e ao alcance da justiça ou em apenas uma resposta ao clamor contra a impunidade e à repressão das práticas de corrupção e seus autores.

Para além dessas questões é imperioso refletir acerca da expansão do Direito Penal advinda de prisões e condenações efetuadas contrariando garantias constitucionais. Visando recordar os princípios fundamentais dogmática penal, é válido ressaltar o caráter subsidiário da

lei penal, que deve ser aplicada apenas quando da proteção dos bens mais imprescindíveis à sociedade e ao indivíduo.

Verificam-se, entretanto, reivindicações por parte dos setores da sociedade ora descritos, para que se amplie a resposta punitiva aos crimes de cunho político e econômico e nesse cenário, é justificável, e até mesmo requerido, o uso da força, prisões arbitrárias e condenações que afrontam o devido processo legal e o próprio Estado Democrático de Direito.

A administrativização do Direito Penal, termo cunhado para descrever a utilização do Direito Penal para a gestão de problemas sociais, sobretudo no âmbito que se ocupava o Direito Administrativo, é aliada a um discurso moralizante que tem como fundamento a situação de excepcionalidade que experimenta o país ante a enormidade de práticas que lesaram o patrimônio público. Esse discurso, em última análise, gera em grande parte da sociedade um desejo por soluções rápidas e uma profunda falta de crença em um sistema que seja capaz de, através de suas garantias, responder a essas infrações.

Assim, converte-se o controle de atividades econômicas, financeiras, de investigação e repressão de abusos, em verdadeiras “cruzadas morais” contra a corrupção. Por conseguinte, poderia se conceber mais uma figura de inimigo no Brasil, que nesses tempos passa a ser o corrupto, contra quem devem ser aplicadas penas severas, e “métodos especiais de investigação”, “medidas judiciais fortes”, de modo a tutelar a moralidade administrativa através do Direito Penal. Essas práticas excepcionais, entretanto, significam o esvaziamento de garantias constitucionais e podem gerar efeitos naqueles contra quem a persecução penal comumente se dirige.

Referências Bibliográficas

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal. Parte Especial. 3 ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003

BUSATO, Paulo César. Direito Penal. Parte especial. Artigos 235 a 361 do Código Penal. São Paulo: Atlas, 2016.

CABRAL, Juliana. Os tipos de perigo e a pós-modernidade. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

CALLEGARI, Andre Luis; WEBER, Ariel Barazzetti. Lavagem de dinheiro. São Paulo: Atlas.

CASTELLAR, João Carlos. Direito Penal econômico versus Direito Penal convencional. A engenhosa arte de criminalizar os ricos para punir os pobres. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

DECOMAIN, Pedro Roberto. Improbidade administrativa. São Paulo: Dialética, 2007.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. Teoria geral da parte especial do direito penal. São Paulo: Atlas, 2014.

GRECO FILHO, Vicente. Comentários à lei de organização criminosa: lei 12850/13. 1ª ed.

KARAM, Maria Lúcia. A esquerda punitiva. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/backup/a-esquerda-punitiva-por-maria-lucia-karam/?doing_wp_cron=1524880191.1715979576110839843750> acesso em: 27 mai. 2018.

KARAM, Maria Lúcia. A midiática operação Lava Jato e a totalitária realidade do processo penal brasileiro. Disponível em < <http://emporiododireito.com.br/a-midiatica-operacao-lava-jato-e-a-totalitaria-realidade-do-processo-penal-brasileiro/>> acesso em: 27 mai. 2018.

LIMA, Renato Brasileiro de. Legislação criminal especial comentada. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2014.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 2. ed. (reimpressão), Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F, 2006.

YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. Ensaio sobre um Judiciário que mergulha na exceção. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2016/10/04/ensaio-sobre-um-judiciario-que-mergulha-na-excecao/>> acesso em 27 mai. 2018.

ZAFFARONI, E. Raul e BATISTA, Nilo. Direito Penal Brasileiro, Primeiro Volume. Direito Penal e o Poder Punitivo. Rio de Janeiro: Revan, 2003, 2ª edição. 33 a 57 pags.

60. DA RENÚNCIA A DIREITOS À RETIRADA DE DIREITOS TRABALHISTAS: a precariedade como projeto social e jurídico e o quotidiano das operadoras de call-centers na cidade de Juiz de Fora.

Eliana Perini,
Maria Vitoria S. J. C. Jardim,
Flavia B. Stephan,
Ligia M. C. Fernandes,
Luiza Marques,
Rodrigo Neves Martins,
Joao Luis M. De Castro

Resumo

Este projeto de pesquisa se destina a interrogar a autorrenúncia a direitos fundamentais sociais trabalhistas por operadoras de Call-Centers na cidade de Juiz de Fora em dois contextos: a partir do segundo plantel dos anos 1990, quando este setor do capitalismo informacional se impôs como realidade social e no contexto da Reforma Trabalhista de 2017. Avaliamos a dinâmica e indagamos tanto a natureza jurídica desta autorrenúncia sob a perspectiva de gênero quanto problematizamos a coabitação paradoxal entre a liberdade de escolha e indisponibilidade de direitos fundamentais sociais no ordenamento jurídico vigente e junto ao contexto do pós-fordismo e do pós-toyotismo.

Considerações

A pesquisa se desenvolve com base na compreensão do processo e organização do trabalho como um fenômeno em constante transformação, em adaptabilidade contínua e em conformidade as necessidades e interesses do modo de produção capitalista. Neste panorama, entende-se que são justamente as demandas do mercado de consumo as responsáveis pela direção, forma e conteúdo de todos os outros mecanismos que buscam legitimar as transformações exigidas pelo sistema.

A partir do pós-guerra as sociedades contemporâneas passaram por grandes transformações de cunho cientificista. O direito, apesar da retórica positivista de independência e autossuficiência, constitui um dos instrumentos ensejadores de práticas sociais de precarização dos sujeitos de direitos. A contingência atual pressupõe uma problematização crítica radical da prática social dos Direitos trabalhistas pelo acréscimo do déficit de legitimidade crescente das democracias contemporâneas.

Dentre os problemas mais evidentes estão os riscos ligados a própria sobrevivência do trabalhador. Fruto da expansão do conhecimento técnico-científico, o capitalismo “informacional” tende a ampliar e a facilitar a precarização das relações trabalhistas. A integração econômica observada no processo de globalização precisou de uma base técnica sólida, marcada por constante inovação. Assim, a economia contemporânea é fundada em uma velocidade superior às velocidades dos contextos históricos anteriores de produção da riqueza. A velocidade na inovação de tecnologias ultracientificistas se destina a uma economia de consumo e encontra na cumplicidade jurídica e legalista aliados no seu pleno desenvolvimento. O direito liberal foi central na construção das instituições convencionais do capitalismo industrial. Por sua vez, na pós-modernidade, tanto o Direito quanto o Judiciário não incomodam o ubíquo capitalismo financeiro na medida em que não asseguram a proteção aos direitos fundamentais sociais.

Em tempos e em espaços do capitalismo pós-industrial, a precarização das relações trabalhistas realiza-se em uma rede de multiplicidade complexa. A consideração da

precariedade pelo ângulo da autorrenúncia a direitos trabalhistas por trabalhadoras sem perspectiva de alcançarem um trabalho formalmente protegido é, em nossa pesquisa, a primeira concepção de precarização a ser estudada. Esta renúncia, presente em contratos tácitos ou na ausência absoluta da observância dos direitos fundamentais sociais e trabalhistas – conquistados no primeiro plantel do século XX-, é considerada como uma prática com tendências a se tornar um triste exemplo antecipatório do projeto de Reforma Trabalhista e da aprovação sumária da Reforma Trabalhista ocorrida no ano de 2017 em nosso país. Trata-se, em algumas poucas décadas, da evolução do capitalismo de consumo, da expansão da tecnologia das telecomunicações e do crescimento em importância e em cifras do setor de telemarketing, o trabalho em Call-Centers a partir da segunda metade dos anos de 1990. Nas economias centrais como nas economias periféricas, tanto a expansão deste setor da economia quanto a precarização do trabalho se instalará como uma das premissas da autorrenúncia aos direitos trabalhistas

Na senda da precarização das condições de trabalho, da flexibilização das jornadas e da remuneração, os empresários, os investidores e o Estado brasileiro, também procederam de forma a aprovarem a Lei 13.467/2017, a Reforma Trabalhista. Em uma perspectiva de aceleração de supressão de direitos sociais, diminuição crescente da participação e comprometimento do Estado com a vida, o trabalho, a moradia, a educação, a saúde, o bem-estar de seus nacionais, o Brasil se tornou, mesmo em tempo de grande crise política e institucional, um país com fortes tendências ao ultraliberalismo, ao desmonte dos setores estatais e a supressão das principais linhas constitucionais dos Direitos Fundamentais Sociais. A desregulamentação das leis trabalhistas antecede, como suspeitamos, a outras reformas da Constituição e, portanto, a Reforma do Estado brasileiro.

Esse realismo se traduz diretamente nas relações entre os indivíduos e o mercado de trabalho. Em especial, o hipercapitalismo contemporâneo dilui a economia territorialmente estabelecida no período industrial. De roldão, esse processo também afeta a solidariedade socialmente construída, razão pela qual a ação coletiva não encontra mais espaços de expressão como nas primeiras revoluções industriais. A crise dos sistemas de bem-estar amplia as características deste processo ao esvaziar as estratégias de proteção dos indivíduos. Isso gera um paradoxo permanente, pois a maioria das constituições contemporâneas estabelecem a solidariedade social e a equiparação entre distintos grupos sociais como um valor a ser alcançado. No Brasil, a proteção individual da subjetividade no ambiente do trabalho permanece hostilizada, principalmente face a Reforma Trabalhista de 2017.

As inovações tecnológicas transformam as relações sociais, tais como as trabalhistas e de gênero. As relações de trabalho passam a representar um dos aspectos da modelização de certos efeitos negativos das inovações tecnológicas sobre a qualidade de vida do trabalhador, especialmente das trabalhadoras quando conduz ao enfraquecimento de uma série de direitos fundamentais sociais. Evidencia-se o aprofundamento de um comportamento individual de isolamento não exatamente atípico, mas ameaçador no que concerne a precarização e a supressão dos direitos trabalhistas: trata-se da hiperflexibilidade das jornadas de trabalho e da renúncia a garantias individuais tecnicamente indisponíveis. Deve ser admissível, através de ato jurídico, acordo verbal ou renúncia tácita o compromisso de não participar de uma eleição sindical? Uma aeromoça pode estar ligada ao emprego por uma cláusula de celibato presente no seu contrato de trabalho? O trabalho intermitente se imporá como uma realidade institucionalizada em desconsideração a diversos direitos constitucionais (como o recebimento do mínimo existencial) e ao direito convencional. Deveria ser juridicamente permitido a um assalariado abandonar o seu direito de greve ou a uma trabalhadora de Call-Center renunciar as necessidades salutaras, como pausas, ao longo de uma jornada de trabalho? Todas essas perguntas – também entendidas como “ameaças” – também tecnicamente encontram as suas

respostas nas novas condições de trabalho e jornada de trabalho trazidas na Reforma Trabalhista de 2017. A resposta a todas elas é um inquietante “sim, agora, a partir de 2018, sim”.

Nesse interim, a pesquisa analisa e discorre acerca dos diferentes fenômenos ocorridos durante o processo de transição entre o período por nós compreendido como o resultado de um projeto de condução a autorrenúncia de direitos por trabalhadoras em Call-Centers na cidade de Juiz de Fora. A população feminina, pelos aspectos já precários de sua condição histórica e social foi escolhida para, inclusive, ilustrar o oposto ao insinuado por constitucionalistas estaduenenses: diante da Reforma Trabalhista de 2017, no Brasil, não haveria mais “disputa” de matéria constitucional, ou seja, 1/ há um problema técnico e formal quando do exercício da liberdade de escolha de contrato no qual uma trabalhadora de Call-Center aceita como jornada de trabalho semanal um número inferior ao número de horas necessárias para compor um salário correspondente ao mínimo existencial e 2/ a inalienabilidade e indisponibilidade de direitos sociais fundamentais como o trabalho mediante um salário que garanta o mínimo existencial é norma formal válida.

Dessa forma, pretende-se com a pesquisa identificar a natureza jurídica da renúncia a direitos sociais fundamentais no pós-Reforma Trabalhista/2017 e avaliar criticamente a violação aos direitos trabalhistas e aos direitos fundamentais sociais nos contextos de flexibilização das jornadas no período anterior a Reforma Trabalhista e no contexto recente de sua vigência. Para perseguir tais objetivos, um estudo de campo analisará a renúncia a direitos fundamentais através da análise de atos tácitos ou contratuais aceitos por trabalhadora de *call centers* sob a perspectiva de gênero e de isolamento. Ao adotar esta via, essa pesquisa enquadra-se no tipo que tem sido classificada, em sua forma genérica, como qualitativa, isto é, o estudo dos problemas em seus espaços, com a finalidade de se fazer sentido ou interpretar os fenômenos em razão dos significados que as pessoas lhes atribuem.

Referências Bibliográficas

ANTUNES, Ricardo. Os Sentidos do Trabalho: ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho. São Paulo: Boitempo, 2007.

_____. (Org.). Riqueza e Miséria do Trabalho no Brasil. São Paulo: Boitempo, 2006, v. I.
ANTUNES, Ricardo e BRAGA, Ruy. (orgs). Infoproletários. Degradação real do trabalho virtual. Porto Alegre: Boitempo, 2009.

BRINGEL, Breno; VARELLA, Renata Versiani Scott Varella. Pesquisa Militante e Produção de Conhecimentos: o enquadramento de uma perspectiva. Disponível em: <http://universidademovimentosociais.wordpress.com/artigos/>, 2014.

CAVAIGNAC, Mônica Duarte. Precarização do Trabalho e Operadores de Telemarketing. Perspectivas, São Paulo, v. 39, p. 47-74, jan./jun. 2011
<http://seer.fclar.unesp.br/perspectivas/article/view/4752/4054>

MARTINELLI, Bruna Piazzentin. Peculiaridades do Trabalho nos Call Centers: Um estudo das teleoperadoras de Campinas-SP. Unicamp, 2015.

MIAILLE, Michel. Introdução Crítica ao Direito. 3 ed. Lisboa: Editorial Estampa, 2005.

THIOLLENT, Michel. Metodologia da pesquisa-ação. 14. ed. São Paulo: Cortez, 2005

61. PROJETO DE EXTENSÃO: “EDUCAÇÃO EM ABORDAGENS COOPERATIVAS DE CONFLITOS: práticas de mediação”

Nathane Fernandes da Silva¹,
Ana Carolina Porto Seguro Campos Coelho,
Elisângela da Silva Carvalho,
Thaís Fernanda Coelho Perpétuo

Introdução

O presente trabalho concerne no desenvolvimento de um resumo expandido, relativo ao Projeto de Extensão em Interface com a Pesquisa “Educação em abordagens cooperativas de conflitos: práticas de mediação”, realizado no Núcleo de Mediação da Universidade Federal de Juiz de Fora – Campus Governador Valadares (UFJF/GV).

Resumo de atividades

As atividades do Núcleo de Mediação (NM) da UFJF – Campus GV vêm sendo desenvolvidas desde o dia 02 de maio de 2017. O NM está ligado a um projeto de extensão em interface com a pesquisa, intitulado “Educação em abordagens cooperativas de conflitos: práticas de mediação”, aprovado no final de 2016 junto à Pró-reitora de Extensão da UFJF, contando com duas discentes bolsistas e dois discentes voluntários.

O NM conta com três docentes orientadores do Departamento de Direito Nathane Fernandes da Silva, Alisson Silva Martins e Éder Marques de Azevedo; e se propõe a receber pessoas que tenham interesse em solucionar suas demandas pela via dialógica e compartilhada de abordagem dos conflitos. Trata-se de uma via complementar para atendimento das demandas, designadamente daquelas que envolvem relações continuadas, nas quais o vínculo entre as partes será mantido, como em relações de família, de vizinhança ou outras que ensejem convivência.

As atividades do Núcleo são direcionadas, principalmente, à comunidade hipossuficiente de Governador Valadares. É realizada uma triagem socioeconômica entre os interessados pelo Núcleo de Práticas Jurídicas da Faculdade de Direito da UFJF/GV, bem como um breve questionário para fins quantitativos de pesquisa com os atendidos. O NM ainda realiza capacitações internas – para os membros do NPJ – e tem uma proposta de capacitação externa, para os órgãos interessados.

Busca-se auxiliar a comunidade a abordar seus conflitos de forma dialógica, informada e não impositiva, para a construção de soluções consensuais e conscientes. Tendo em vista que, os assistidos possuem condição socioeconômica hipossuficiente, o NM é uma ferramenta importante de acesso à justiça a essas pessoas, atuando como um ambiente de informação e empoderamento.

Sendo fruto de um Projeto de Extensão da Universidade Pública, o NM é pautado nos princípios da informalidade, sigilo, gratuidade, justiça social, autonomia da vontade e imparcialidade.

Marco teórico e metodologia

O marco teórico da pesquisa será a tese da negação do acesso à justiça dos autores Prof. Dr. Nivaldo dos Santos e o pesquisador Leonardo Pereira Martins, segundo a qual

¹ Professora adjunta do Departamento de Direito Governador Valadares.

“A dimensão negativa da temática proposta relaciona-se à identificação das matrizes dos chamados mecanismos impeditivos do acesso à justiça, nestes compreendidos os de índole genérica, operantes tanto em juízo quanto fora dele (insuficiência de informações para reconhecimento e guarda de direitos, desconhecimento sobre a estrutura burocrática do Estado, efetiva desigualdade das partes, fator tempo, fator psicológico, ilegitimidade das disposições legais perante a população), e os forenses (custos da litigância, obsolescência legal, postura conservadora do operador do Direito, deficiência material e humana do aparato forense), respectivamente associáveis às acepções ampla e restrita atrás referidas.”

Face à atuação do Núcleo de Mediação UFJF-GV, pode se perceber que o perfil socioeconômico dos atendidos reflete a negação ao acesso à justiça. A condição hipossuficiente de direitos sociais, principalmente educação e emprego, afasta, direta ou indiretamente essas pessoas do Poder Judiciário em face do formalismo da estrutura da Justiça, ou por falta de conhecimento do funcionamento de tal estrutura burocrática.

Além disso, o perfil geral dos conflitos trazidos ao Núcleo de Mediação se resumia, basicamente, à falta informação e conhecimento jurídico. Ou seja, os conflitos eram intensificados por conceitos equivocados da seara jurídica, como, por exemplo, o conceito e abrangência do instituto da guarda compartilhada, ou a complexidade das normas que regem o direito real.

A metodologia de mediação utilizada no Núcleo é a Mediação Social-informativa², que propõe um modelo de mediação de conflitos voltada à realidade da população com baixo conhecimento jurídico e que necessitam de atenção e a promoção do acesso à justiça e isso não se limita a processos e elaboração de acordos: envolve, também, a difusão de informação e orientação jurídica.

Assim, o Núcleo de Mediação exerce uma importante função de identificar e esclarecer os pontos obscuros do conflito e trabalhar para que os atendidos pudessem chegar a uma solução com total conhecimento sobre o próprio conflito e os direitos que o envolve. Sob esta ótica, este trabalho justifica-se partindo do pressuposto que a prática bem integrada da mediação social-informativa pode se tornar uma ferramenta valiosa para o equilíbrio social e amenização dos efeitos sociais causados pela negação ao acesso à justiça intensificada por condições hipossuficientes. Pretende-se analisar a estrutura da Assistência Social e estudar a possibilidade de ampliação da metodologia da mediação social informativa frente a esta estrutura.

Resultados

No período de 15 de maio a 20 de fevereiro de 2018, o NM recebeu 45 demandas, sendo que destas 10 não puderam ser acompanhadas pelo método da mediação, tendo retornado ao Escritório Escola. Há 13 casos em andamento e 22 arquivados. Foram agendados 112 atendimentos às partes no período mencionado, sendo que, destes, houveram 18 ausências e 94 sessões realizadas.

Até o momento, já existem 19 mediações concluídas – em fase de elaboração do acordo, e 8 casos distribuídos nas instâncias judiciais e 3 acordos já homologado. Até então, as demandas recebidas referem-se a questões de família das mais variadas ordens: divórcio, guarda, partilha de bens, visitas, convivência familiar, reparação dos laços rompidos ou desgastados pelos conflitos.

² Metodologia proposta pela Prof. Dr. Nathane Fernandes da Silva, professora assistente do Departamento de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora – campus Governador Valadares.

Conclusão

O acesso à justiça vai além do simples ato de entrar com o um processo e levar o litígio frente ao juiz. Acesso à justiça diz, sobretudo, a respeito do reconhecimento das pessoas envolvidas como sujeitos de direitos e como protagonistas na resolução do próprio conflito. Nesse sentido, a mediação se mostra um instituto valoroso, tendo em vista que permite aos envolvidos expor detalhes que influenciam o conflito de qualquer maneira. No caso exposto anteriormente, os envolvidos careciam de atenção especial que o Judiciário, muitas vezes, não pode proporcionar. Durante as sessões de mediação, é oportunizado às partes demonstrarem a realidade palpável que podem arcar num acordo.

A utilização adequada do método, ampliando a mediação a locais desfavorecidos socialmente poderá, em potencial, contribuir para o equilíbrio social. É importante ressaltar que, não se pretende aqui, defender o fim do Poder Judiciário. Mas sim, utilizar a mediação como uma ferramenta para garantir acesso à justiça a camadas mais frágeis da sociedade.

Durante o ano de funcionamento do núcleo já foi possível perceber a carência de informação das pessoas atendidas. Foi possível perceber que, mesmo com um vasto sistema de Assistência Social, falta a este estrato da sociedade informação quanto à sua utilização. Sendo assim, surgiu a possibilidade de estudar um pouco mais sobre a possibilidade de integração da mediação social-informativa à rede de Assistência Social, ampliando o acesso à Justiça da população de áreas mais frágeis em Governador Valadares.

Referências bibliográficas

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

Coletânea de Artigos Comemorativos dos 20 Anos da Lei Orgânica de Assistência Social/Organizadores: José Ferreira da Crus...[et al]. - Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome – 1a ed. – Brasília: MDS, 2013, 248p.

GRYNSZPAN, Mario. Acesso e recurso à justiça no Brasil: algumas questões. In: PANDOLFI, Dulce et.al (org.). Cidadania, Justiça e Violência. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas; 1999. p. 99-113.

JUNQUEIRA, Eliane Botelho. Acesso à Justiça: um olhar retrospectivo. Revista Estudos Históricos, [S.l.], v. 9, n. 18, p. 389-402, dez. 1996.

MARTINS, Leonardo Pereira. Da negação do acesso à justiça – identificando as matrizes dos mecanismos pelos quais se opera o fenômeno. RT Fascículos Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 93, v. 827, set. 2004.

MARTINS, Leonardo Pereira. Da negação do acesso à justiça – identificando as matrizes dos mecanismos pelos quais se opera o fenômeno. RT Fascículos Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 93, v. 827, set. 2004.

Política Nacional de Assistência Social - PNAS/ 2004.

SADEK, Maria Tereza Aina. Acesso à Justiça: um direito e seus obstáculos. Revista USP, n. 101, p. 55-66. São Paulo, 2014.

SADEK, Maria Tereza Aina. O sistema de justiça. In: SADEK, Maria Tereza (org.). O sistema de justiça. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2010.

SANTOS, Boaventura de Sousa, “Introdução à Sociologia da Administração da Justiça”, Revista Crítica de Ciências Sociais, nº 21, novembro de 1986.

SILVA, Nathane Fernandes da. Da mediação voltada à cidadania às essencialidades da atuação do mediador: a independência, a equidistância e o não-poder. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2013.

SILVA, Nathane Fernandes. O Diálogo dos Excluídos: a mediação social informativa como instrumento de ampliação do acesso à justiça pela via dos direitos no Brasil. 2017.

Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017.

VERONESE, Alexandre. Projetos Judiciários de Acesso à Justiça: Entre a Assistência Social e Serviços Legais. Revista Direito GV. V. 3 N. 1, Jan-Jun 2007, p. 13-34.

62. DESAFIOS PARA A EFETIVIDADE DA LEI BRASILEIRA DE INCLUSÃO E AS PERSPECTIVAS DO PROJETO DE EXTENSÃO “A TUTELA JURÍDICA DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA” E DO NÚCLEO DE DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Raquel Bellini de Oliveira Salles¹,
Aline Araújo Passos²,
Nina Bara Zaghetto Ferreira,
Arthur Rodrigues da Silva,
Mariana Carracci Ferreira,
Thainara Silva Costa,
Letícia Ladeira Sirimarco,
Thaís Silva da Costa e
Gabriel Infante Magalhães Martins³

O presente trabalho propõe-se a apresentar o projeto de extensão intitulado “Núcleo de Direitos das Pessoas com Deficiência”, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, e a compartilhar constatações havidas durante o desenvolvimento do projeto desde o ano de 2017 quanto aos desafios que se colocam para a efetividade da Convenção Internacional de Nova Iorque assinada em 2007 e da Lei Brasileira de Inclusão promulgada em 2015. Tais atos normativos significaram uma mudança de paradigma quanto ao tratamento jurídico das pessoas com deficiência e instituíram uma perspectiva desestigmatizante e inclusiva que, contudo, ainda encontra muitos óbices para se concretizar.

Importa considerar, de início, que o intercâmbio de informações, vivências e soluções entre a universidade e a sociedade muito pode contribuir para o impulso de reflexões transformadoras, para o redirecionamento de condutas da sociedade civil, das organizações e da administração pública e para o empreendimento de iniciativas voltadas à construção de um mundo verdadeiramente inclusivo.

O projeto de extensão em referência tem por objeto o oferecimento de assessoria jurídica gratuita a pessoas com deficiência de baixa renda, bem como a realização de pesquisa sobre os seus direitos, mediante análise da normativa aplicável, bem como de sua adequação e efetividade na experiência brasileira.

A justificativa para a concepção de tal projeto está na necessidade de proteção jurídica da pessoa com deficiência e de diálogos interdisciplinares que invocam saberes da ciência do Direito, em suas variadas ramificações, e também de outras ciências. Importa considerar que o ordenamento brasileiro, assim como os sistemas jurídicos dos demais países signatários da Convenção de Nova Iorque, sofreu profundas modificações dela decorrentes. A subsequente Lei Brasileira de Inclusão, entre outras repercussões, deixou de identificar como civilmente incapaz a pessoa com deficiência e passou a prever o processo de tomada de decisão apoiada,

¹ Coordenadora do projeto de extensão “Núcleo de Direitos das Pessoas com Deficiência”. Professora de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora. Mestre e Doutora em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Especialista em Direito Civil pela Università di Camerino – Itália. Advogada. E-mail: raquel.bellini@ufjf.edu.br.

² Coordenadora do projeto de extensão “Núcleo de Direitos das Pessoas com Deficiência”. Professora de Direito Processual Civil e Diretora da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora. Mestre e Doutora em Direito das Relações Sociais – Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Advogada. E-mail: aline.passos@ufjf.edu.br.

³ Alunos da graduação da Faculdade de Direito da UFJF, integrantes do projeto de extensão “Núcleo de Direitos das Pessoas com Deficiência”.

além da curatela, como expressão da tutela da dignidade-liberdade das pessoas com deficiência. A mudança de paradigma, que parte da premissa de que as pessoas com deficiência são plenamente capazes, salvo se houver necessidade de se reconhecer em juízo a incapacidade relativa para melhor tutelar os seus interesses, teve por escopo assegurar não só a dignidade da pessoa com deficiência, mas, sobretudo, sua plena inclusão social.

Para a realização de seu escopo, o projeto tem por metas: (i) identificar as transformações conceituais, estruturais e funcionais dos institutos jurídicos que tutelam a pessoa com deficiência, bem como compreender novos institutos, à luz da normativa internacional, constitucional e infraconstitucional; (ii) aprofundar pesquisas e realizar produções científicas voltadas à efetivação dos direitos das pessoas com deficiência, bem como acompanhar e analisar, criticamente, as orientações jurisprudenciais; (iii) fomentar nos alunos o interesse pela realização de atividades de apoio a pessoas com deficiência, contribuindo para o desenvolvimento de novos extensionistas e atores sociais em tal área; (iv) estabelecer diálogo e articular parcerias com as entidades de apoio e com as pessoas com deficiência, buscando diagnosticar suas principais demandas jurídicas e identificar os instrumentos mais adequados para a defesa de seus direitos; (v) produzir material informativo e realizar eventos para conscientização das próprias pessoas com deficiência, de suas famílias e da comunidade em geral acerca dos direitos de tais pessoas, buscando concretizá-los; (vi) prestar assessoria jurídica permanente e especializada; (vii) buscar a solução judicial ou extrajudicial de conflitos para a defesa dos direitos das pessoas com deficiência; (viii) acompanhar processos legislativos sobre o tema e atuar em audiências públicas, no intuito de promover discussões para a efetivação dos direitos fundamentais das pessoas com deficiência.

Metodologicamente, as atividades de extensão são divididas em três eixos, considerando os seguintes segmentos: (i) interação com instituições que auxiliam e promovem a inclusão das pessoas com deficiência; (ii) interação com órgãos públicos que atuam na assistência e defesa dos direitos das pessoas com deficiência; e (iii) interação com pessoas com deficiência e suas famílias, especialmente as de baixa renda.

O enfrentamento jurídico dos problemas postos vem sendo realizado com grupo selecionado de discentes paralelamente a visitas a organizações destinadas a acolher as pessoas com deficiência e suas famílias, a fim de assegurar a construção cooperativa de um sistema de assessoramento jurídico em favor de tais pessoas. Busca-se o desempenho de ações extensionistas pautadas nos valores da universidade pública e na reciprocidade a ser estabelecida com a sociedade, com vistas à formação humanista dos alunos e à concretização dos direitos fundamentais das pessoas com deficiência.

A partir de experiências concretas, percebe-se a necessidade de superação de antigos modelos de tratamento jurídico das pessoas com deficiência, ainda arraigados socialmente, bem como desafios cujo enfrentamento mostra-se mais urgente para a efetivação dos direitos fundamentais de tais pessoas, a saber: (i) a necessária superação do modelo da prescindência e do modelo médico no tratamento das pessoas com deficiência, ainda arraigados socialmente, para se construir um concreto modelo social inclusivo; e (ii) a necessidade de superação de barreiras no campo da linguagem, da acessibilidade comunicacional, da educação e da empregabilidade.

Apesar de decorridos mais de dez anos após a mencionada Convenção, o maior óbice para a construção de uma sociedade plenamente inclusiva ainda é a ausência de um real *reconhecimento* das pessoas com deficiência, o que requer *qualificação* e *engajamento* da sociedade.

Por outro lado, mostra-se possível, mediante a consolidação de uma consciência social inclusiva mais sensível, atenta e proativa, fomentar a construção de um trabalho coletivo e participativo, que envolva todos os atores que atuam na defesa das pessoas com deficiência, de forma a permitir maior visibilidade às questões dessas pessoas e a assegurar a ampliação do

exercício de sua cidadania. É nesse contexto que se apresentam as possibilidades e potencialidades do ensino, da pesquisa e da extensão universitária em favor das pessoas com deficiência.

Referências bibliográficas

BARBOZA, H. H.; ALMEIDA JUNIOR, V. de A. Reconhecimento, inclusão e autonomia da pessoa com deficiência: novos rumos na proteção dos vulneráveis. *In: BARBOZA, H. H.; MENDONÇA, B. L. de; ALMEIDA JUNIOR, V. de A. (Coords.). O Código Civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência*. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2017, pp. 1-30.

BERTOLIN, P. T. M. A discriminação às pessoas com deficiência nas relações de trabalho. *Revista dos Tribunais Online*, 2006, disponível em: <http://www.rtonline.com.br/>.

DHANDA, A. Legal capacity in the disability rights convention: stranglehold of the past or lodestar for the future? *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, v. 34 (n. 2), 2007, pp. 429-462.

GUGEL, M. A. O direito ao trabalho e ao emprego: a proteção na legislação trabalhista. *In: FERRAZ, C. V. et al.. Manual dos direitos da pessoa com deficiência*. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 412-431.

HONNETH, A. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. São Paulo: Editora 34, 2009.

KONDER, C. N. O direito à educação inclusiva de pessoas com deficiência em estabelecimentos de ensino particulares: análise à luz da Lei nº 13.146/2015 e da ADI nº 5.357-MC. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 19, n. 106, p. 33-49, nov./dez. 2017.

LIMA, A. S. *et al.*. Lei de cotas e a (in) acessibilidade de pessoas com deficiências severas ao mercado de trabalho formal. *In: FIUZA, César (Org.). Temas relevantes sobre o Estatuto da Pessoa com Deficiência*. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, pp. 273-290.

MADRUGA, S. *Pessoas com deficiência e direitos humanos: ótica da diferença e ações afirmativas*. São Paulo: Saraiva, 2016.

MENEZES, J. B. de (Org.). *Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas*. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2016.

PASTORE, J. *Oportunidades de trabalho para portadores de deficiência*. São Paulo: LTr, 2000.

POLI, L. C. Lei brasileira da pessoa com deficiência: análise sob a ótica da teoria do reconhecimento em Honneth. *In: FIUZA, César (Org.). Temas relevantes sobre o Estatuto da Pessoa com Deficiência*. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, pp. 135-156.

SALLES, Raquel Bellini; PASSOS, Aline Araújo; LAGE, Juliana Gomes. *Direito, vulnerabilidade e pessoa com deficiência*. Rio de Janeiro: Processo, 2019.

SCORALICK, K. Por uma TV acessível: a audiodescrição e as pessoas com deficiência visual (Tese de Doutorado). Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

_____. Telejornalismo e acessibilidade comunicacional: um olhar para o outro com deficiência. *In: 14º Encontro Nacional de Pesquisadores em Jornalismo – SBPJOR*. Palhoça, Brasil: SBPJor - Associação Brasileira de Pesquisadores em Jornalismo, 2016.

_____. Audiodescrição no telejornalismo: a inclusão das pessoas com deficiência visual por meio da descrição das imagens, 2009, disponível em: <http://portalintercom.org.br/anais/nacional2015/resumos/R10-3146-1.pdf>.

SILVA, C. V. da. O processo de interação entre os sujeitos surdos e os sujeitos ouvintes a partir de Bakhtin. *In: FREITAS, M. T. de A.; RAMOS, B. S. da S. Bakhtin Partilhado*. Curitiba: CRV, 2017, pp. 109-124.

63. O IMPACTO SOCIAL DA REGULARIZAÇÃO IMOBILIÁRIA E OS RESULTADOS DO PROJETO DE EXTENSÃO “MORADIA LEGAL” NO ENTORNO DA UFJF EM FAVOR DE FAMÍLIAS DE BAIXA RENDA

Raquel Bellini de Oliveira Salles¹,
Aline Araújo Passos²,
Victor Marangon da Silva,
Érika Christine de Melo Dantas,
Anna Clara Gomes Souza Duarte,
Marina Sotto Maior de Medeiros e
Marcos Felipe Lopes de Almeida³

O presente trabalho visa apresentar os contornos do projeto de extensão “Moradia Legal”⁴, elaborado com o intuito de auxiliar a comunidade do entorno da Universidade Federal de Juiz de Fora na regularização jurídica de imóveis, e, por conseguinte, de efetivar o direito fundamental de propriedade, previsto no artigo 5º, inciso XXII, da Constituição Federal, mediante a obtenção do respectivo título, e favorecer o exercício do direito social à moradia, previsto no artigo 7º também da Constituição Federal.

A regularização pretendida não apenas promove a segurança jurídica do cidadão perante o Estado e a sociedade em geral, mas também viabiliza melhor acesso a serviços públicos, assegura a integridade física e patrimonial dos moradores, haja vista a necessária certificação, pela municipalidade, das condições de habitabilidade dos imóveis, facilita o trânsito jurídico de bens e o exercício de direitos sucessórios, e, ainda, favorece a observância da legislação ambiental e tributária, interferindo positivamente na gestão do território urbano pelo Poder Público.

As cidades brasileiras são marcadas pela informalidade, com expressivo índice de irregularidade na ocupação e/ou respectivo registro das propriedades, o que, na grande maioria dos casos, associa-se à utilização dos espaços por pessoas ou famílias de baixa renda que, historicamente, não tiveram acesso às implantações formais de habitação ou à informação, encontrando dificuldades para concretizar legalmente seu direito de propriedade no âmbito da cidade.

Nesse contexto, a iniciativa extensionista no sentido de viabilizar o acesso ao direito constitucional de propriedade favorece o exercício da cidadania pela comunidade adjacente à Universidade Federal de Juiz de Fora e reforça o papel da universidade, especialmente como entidade pública, de retornar à sociedade o investimento realizado em prol da comunidade acadêmica.

Assim, colocam-se como principais objetivos do projeto propiciar meios para a regularização imobiliária no entorno da Universidade Federal de Juiz de Fora, especialmente

¹ Coordenadora do projeto de extensão “Moradia Legal no Entorno da UFJF” até julho de 2018. Professora de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora. Mestre e Doutora em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Especialista em Direito Civil pela Università di Camerino – Itália. Advogada. E-mail: raquel.bellini@ufjf.edu.br

² Coordenadora do projeto de extensão “Moradia Legal no Entorno da UFJF” até julho de 2018. Professora de Direito Processual Civil e Diretora da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora. Mestre e Doutora em Direito das Relações Sociais – Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Advogada. E-mail: aline.passos@ufjf.edu.br

³ Alunos da graduação da Faculdade de Direito da UFJF, integrantes do projeto de extensão “Moradia Legal”.

⁴ Projeto de extensão apresentado ao Programa Boa Vizinhança da Universidade Federal de Juiz de Fora.

em favor de famílias de baixa renda, envolver e integrar a respectiva comunidade, estudantes e docentes de diversos cursos nas atividades propostas e conscientizar a referida comunidade e os discentes envolvidos acerca da importância da regularização imobiliária, de modo a fomentar o fortalecimento de uma cultura jurídica mais atenta em tal sentido.

Os objetivos mencionados evidenciam nítida relação entre ensino, pesquisa e extensão, buscando concretizar o princípio da indissociabilidade entre esses três pilares diretores da universidade, e, por conseguinte, o imperativo constante do artigo 207 da Constituição Federal. O projeto proposto permite, assim, dentro dos limites traçados, a assunção da extensão como uma das dimensões da vida acadêmica, oportunizando aos discentes a vivência do processo ensino-aprendizagem além da sala de aula, com a possibilidade de articularem a universidade diretamente à sociedade e a organizações sociais, tais como as associações de bairro, numa enriquecedora troca de conhecimentos e experiências.

Por outro lado, o projeto em comento é capaz de propiciar melhor apreensão e compreensão do conteúdo programático de diversas disciplinas, inclusive obrigatórias, contempladas pelo plano pedagógico do curso de Direito, a exemplo do direito constitucional, do direito administrativo, do direito urbanístico, do direito registral e notarial, do direito civil, do direito processual, do direito tributário e do direito ambiental. Também outras áreas de conhecimento além do próprio Direito são envolvidas, sobretudo da Engenharia e/ou Arquitetura, especificamente para a confecção de documentos técnicos comumente exigidos para o ajuizamento de ações de usucapião, a averbação de construções e a obtenção de certidões de “habite-se”. É nesse contexto que o Núcleo de Atendimento Social da Faculdade de Engenharia – NASFE atua como parceiro do projeto, propiciando troca de saberes entre diversas áreas e unidades da Universidade Federal de Juiz de Fora.

Mostra-se, assim, nítida a natureza multi, inter e transdisciplinar do projeto proposto, bem como seu comprometimento com uma formação em Direito não puramente teórica, mas igualmente prática, não meramente dogmática, mas também crítica, e não estritamente jurídica, mas também humanista e consciente do contexto e da realidade social.

A pesquisa, outrossim, intimamente conexa com o ensino e a extensão, é pressuposta e contínua para a execução do projeto em todas as suas fases. Isso porque a regularização imobiliária demanda conhecimento de diversos ramos do Direito, como já mencionado, cabendo ao extensionista, sob orientação dos coordenadores, identificar a solução jurídica mais adequada para cada situação de irregularidade imobiliária, as exigências legais pertinentes, o correto manejo de variados instrumentos jurídicos, extrajudiciais e judiciais, os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais aplicáveis, os custos envolvidos e, ainda, a viabilidade de novos mecanismos concebidos ou que venham a surgir no ordenamento brasileiro.

A expectativa de atendimento, a depender do número de envolvidos no projeto, entre professores e alunos, bolsistas ou não, pode alcançar algumas dezenas de pessoas no interregno de dois anos. Neste particular, informações fornecidas pelo Instituto Beneficente Peron, atuante no entorno da Universidade Federal de Juiz de Fora e também parceiro do projeto, atestam que aproximadamente trezentas famílias de baixa renda na região são carentes de assistência jurídica para a regularização de propriedade imobiliária, estando pulverizadas por diversos bairros.

Enfim, a metodologia proposta enseja o cumprimento de várias etapas, precipuamente as seguintes: oferecimento de capacitação aos discentes, no âmbito da Faculdade de Direito e de outras unidades envolvidas; organização do trabalho em equipe, de natureza interdisciplinar, para atendimento ao público, envolvendo discentes e docentes de cursos e áreas diversas; desenvolvimento de material para divulgação do projeto e de informações junto à comunidade; promoção de eventos voltados ao entorno da Universidade Federal de Juiz de Fora para conscientização da importância da regularização imobiliária e captação dos possíveis

interessados; encaminhamento de casos controvertidos ao Núcleo de Mediação e ao Núcleo de Prática Jurídica da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora; e publicização à comunidade acadêmica dos resultados obtidos.

Desde o início de sua execução, vem sendo dada aos alunos envolvidos oportunidade de aplicação dos conteúdos teóricos apreendidos em sala de aula, mediante conhecimento da realidade social e interação com a comunidade. No ciclo de 2017.2 - 2018.1 foram realizadas visitas aos bairros Nossa Senhora de Fátima e Jardim Casablanca, atendidos diversos moradores e ajuizadas ações judiciais de usucapião. Foi também desenvolvida e distribuída à comunidade cartilha informativa sobre a regularização da propriedade imobiliária⁵.

Por meio do desenvolvimento contínuo do projeto que ora se apresenta, pretende-se efetivar a regularização imobiliária de expressivo número de interessados, de modo a favorecer a concretização do direito fundamental de propriedade e do direito social à moradia, a segurança jurídica, a organização do espaço urbano, a adequação de cadastros e registros públicos e a eficiência dos serviços públicos essenciais.

Referências bibliográficas

AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. **Direito Urbanístico: Legislação Urbanística e Estatuto da Cidade**. São Paulo: Baraúna Editora, 2011.

BRANDELLI, Leonardo. **Usucapião Administrativa – De acordo com o Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2015.

CALDAS, Bianca et al. **Direito da Cidade** - Tomo II - Col. Direito Uerj 80 Anos - Vol. 3. São Paulo: Freitas Bastos, 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 29 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CENEVIVA, Walter. **Lei dos Registros Públicos Comentada**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DIDIER JR., Fredie et al. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: Juspodium, 2015.
MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil. v. IV. Direitos reais**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

TEPEDINO, Gustavo et al (org.) **Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República**. v. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

TUTIKIAN, Cláudia Fonseca. **Propriedade Imobiliária e o Registro de Imóveis - Perspectiva Histórica, Econômica, Social e Jurídica**. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

⁵ Cartilha “Saiba como regularizar a propriedade de seu imóvel” disponível em: <http://www.ufjf.br/direito/files/2017/08/Cartilha-Projeto-Moradia-Legal-2018.pdf>.

64. A APLICAÇÃO DA CLÁUSULA GERAL DE RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA AOS DANOS DECORRENTES DE ACIDENTES DO TRABALHO APÓS 15 ANOS DE VIGÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL

Raquel Bellini De Oliveira Salles¹
Gustavo Lucas Andrade²

Decorridos mais de quinze anos da entrada em vigor do código civil, mostra-se ainda imatura e oscilante a aplicação jurisprudencial do parágrafo único de seu artigo 927, que estabelece uma cláusula geral de responsabilidade objetiva por danos decorrentes de atividades de risco.³ Também pairam controvérsias doutrinárias quanto ao sentido e alcance da norma, que, por valer-se de técnica legislativa aberta, concede maior discricionariedade ao intérprete. Com efeito, conquanto tenham, de um lado, a significativa vantagem de se adaptarem à dinamicidade das relações e das necessidades sociais, cláusulas gerais apresentam, lado outro, a desvantagem de provocar certa incerteza acerca da efetiva dimensão de seus contornos.

Pode-se dizer, todavia, que o dispositivo em comento representou uma das inovações mais relevantes encampadas pelo “novo” código, permitindo à jurisprudência, para além das hipóteses específicas de responsabilidade objetiva previstas em lei, a imputação de obrigação de indenizar independentemente de culpa nos casos em que o dano resultar de atividades consideradas de maior potencial lesivo, já existentes ou que vierem a existir. A pretendida repercussão da norma é, sem dúvida, a ampliação do espectro das possibilidades de reparação civil e, por conseguinte, da tutela das vítimas de danos na sociedade de risco, o que guarda coerência com a ordem constitucional e com o princípio fundante do instituto da responsabilidade civil na contemporaneidade, que é o da solidariedade.

Como corolário desse movimento objetivista, sedimentou-se um sistema misto de responsabilidade civil, a qual será subjetiva ou objetiva conforme a natureza do fato antijurídico causador do dano. Especialmente quanto à segunda modalidade, tem-se um conjunto de normas marcadamente multifacetado, pois são várias as regras de imputação, com suas respectivas condicionantes, de modo que não há propriamente um único regime de responsabilidade objetiva, mas diversos. Essa complexidade coloca, à vista da unidade do ordenamento, a necessidade tanto de compreender as razões de cada norma dentro do sistema jurídico como um todo quanto de empreender o diálogo das fontes.

Nessa linha, partindo de algumas premissas interpretativas do parágrafo único do artigo 927 do código civil, e atentando para a notável multiplicação do nexo de imputação objetiva, propõe-se um olhar crítico de entendimentos jurisprudenciais que vêm pautando a aplicação da norma, no intuito de demonstrar acertos e desacertos.

Tomando-se por base premissas propostas para determinação do sentido e alcance do parágrafo único do artigo 927 do código civil, que perpassam o significativo potencial lesivo da atividade como algo inerente à sua natureza e o recurso à teoria do risco criado, e compreendidos os pressupostos específicos da norma em face de outras previsões normativas

¹ Professora de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora. Mestre e Doutora em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Especialista em Direito Civil pela Università di Camerino – Itália. Advogada. E-mail: raquel.bellini@ufjf.edu.br.

² Graduando do curso de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora (9º Período).

³ “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.”

de imputação objetiva, os resultados da análise jurisprudencial realizada conduzem à constatação de que referida cláusula geral de responsabilidade objetiva demanda critérios aplicativos que precisam ser melhor assentados e fundamentados nas decisões, para que não fique sujeita a subjetivismos, imprecisões conceituais ou invocações meramente retóricas. Sem balizas, a cláusula pode dar azo a arbitrariedades e a soluções jurídicas inadequadas ou, no mínimo, equivocadamente embasadas.

Importa, pois, considerar que a responsabilidade objetiva funda-se em diversas regras, com suas peculiares condicionantes, de modo que a mencionada “cláusula geral” tem âmbito de incidência próprio, não devendo ser utilizada como fundamento genérico de toda e qualquer imputação objetiva. Tal, entretanto, não retira do parágrafo único do artigo 927 o seu caráter de cláusula geral, mas apenas o situa mais adequadamente dentro do sistema.

A realidade jurisprudencial verificada até o presente denota que não tem sido tão vasto quanto se podia imaginar o campo de aplicação da cláusula, haja vista que a maioria das atividades de risco no ordenamento brasileiro encontra-se disciplinada por normas especiais, tal como o Código de Defesa do Consumidor, que justifica a responsabilidade objetiva na teoria do risco do empreendimento, mediante a configuração de um defeito do produto ou serviço, e, não, no risco da atividade.

É, contudo, na seara trabalhista que a cláusula geral em exame vem tendo mais larga incidência, a demonstrar uma profícua aproximação entre os dois ramos do direito. Foi preciso superar, entretanto, uma resistência inicial à aplicação da norma aos acidentes do trabalho, de modo que os Tribunais Regionais do Trabalho e o Tribunal Superior do Trabalho têm entendido que o artigo 7º, XXVIII, da Constituição Federal, por força do princípio da proteção, não obsta a imputação objetiva da obrigação de indenizar ao empregador, desde que a atividade desenvolvida por este, por sua natureza, represente risco potencial à integridade física e psíquica do trabalhador. Consolidaram esse entendimento o Enunciado 377 da IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, a Tese 14 estabelecida pelo XIII Conamat de Alagoas, o Enunciado 37 da 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho realizado em Brasília e a Súmula 25 do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região.

Acredita-se que, por força das diretrizes normativas e regulamentares aplicáveis às relações trabalhistas, a aplicação da cláusula aos casos de acidentes do trabalho esteja ocorrendo de forma mais criteriosa, havendo uma tendência de se considerar como “de risco” apenas as atividades de maior potencial lesivo, em geral classificadas como de risco 3 ou 4 para fins de dimensionamento dos serviços especializados em engenharia de segurança e medicina do trabalho. Nessa linha, tem-se atribuído responsabilidade objetiva ao empregador por danos decorrentes de acidentes em atividades que lidam com energia elétrica, trabalho em subsolo, explosivos e mineração, transporte, serviço móvel de urgência no âmbito de rodovias, vigilância, transporte de valores e segurança privada, entre diversas outras circunstâncias, não esgotadas no presente estudo.

O futuro dirá quanto à aplicabilidade da norma aos riscos que ainda precisam ser melhor conhecidos e mensurados e a tantos outros que certamente surgirão. E já é possível cogitar novos horizontes para se discutir a aplicação da mencionada cláusula geral ou daquela prevista no artigo 931 do Código Civil⁴ em face das contínuas e incessantes inovações tecnológicas, a exemplo da inteligência artificial.

Referências bibliográficas

⁴ “Art. 931. Ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação.”

BRAGA NETTO, Felipe *et al.* **Novo tratado de responsabilidade civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BECK, Ulrich. **La sociedad de riesgo**. Buenos Aires: Paidós, 1998.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

COMPORTI, Marco. **Esposizione al pericolo e responsabilità civile**. Napoli: Morano Editore, 1965.

FRANZONI, Massimo. **La Responsabilità oggettiva. Il danno da cose, da esercizio di attività pericolose, da circolazione di veicoli**. Padova: CEDAM, 1995. v. 2.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MARQUES, Cláudia Lima *et al.* **Comentários ao código de defesa do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MORAES, Maria Celina Bodin de, Risco, Solidariedade e Responsabilidade Objetiva, **Revista dos Tribunais**, dez. 2006, p. 11-37.

OLIVA, Milena Donato. **Responsabilidade objetiva e risco empresarial: a incidência do parágrafo único do art. 927 do CC**, in Diálogos entre o direito do trabalho e o direito civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, vol. 1, p. 423 e ss.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2016.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PERLINGIERI, Pietro. **Manuale di diritto civile**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1997.

RODOTÀ, Stefano. Il tempo delle clausole generali. **Rivista Critica del Diritto Privato**, dez. 1987.

SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. A justiça social e a solidariedade como fundamentos ético-jurídicos da responsabilidade civil objetiva. **Revista trimestral de direito civil**, v. 5, n. 18, p. 109–133, abr./jun. 2004.

_____. **A cláusula geral de responsabilidade civil objetiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. **Responsabilidade Civil e Direito do Trabalho**, in Diálogos entre o direito do trabalho e o direito civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, vol. 1, p. 407 e ss.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil*, v. 2, **Direito das obrigações e responsabilidade civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TEPEDINO, Gustavo *et al.* **Diálogos entre o direito do trabalho e o direito civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

VISINTINI, Giovanna. Responsabilità civile, in: BARCELLONA, M. *et al.* **Lezione di diritto civile**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1993.

65. DESAFIOS PARA A COMPREENSÃO DOS PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA PSÍQUICA OU INTELECTUAL

Raquel Bellini De Oliveira Salles¹
Jaqueline de Oliveira Moreira²

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD) e a Lei nº 13.146/2015 - Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD) ou Lei Brasileira de Inclusão (LBI) - inauguraram uma nova visão sobre a deficiência e modificaram profundamente o regime das incapacidades no direito brasileiro, uma vez que as pessoas com deficiência não são mais consideradas, *a priori*, como absoluta ou relativamente incapazes. A presunção de sua plena capacidade implica a necessidade de se revisitar e ressignificar diversos institutos do direito privado, entre eles a responsabilidade civil, o que se busca enfrentar neste trabalho, sob a perspectiva do modelo social, que promove a autonomia e a emancipação da pessoa com deficiência e, ao mesmo tempo, reconhece sua vulnerabilidade.

As transformações oriundas do EPD, no tocante à capacidade civil, também repercutiram no regime de responsabilidade civil das pessoas com deficiência, sobretudo as maiores de idade. Isso porque, anteriormente, muitas das pessoas com deficiência psíquica ou intelectual eram tratadas como (absolutamente) incapazes e acabavam sendo enquadradas no campo de aplicação dos artigos 932, II³, 933⁴ e 928⁵ do Código Civil de 2002, que estabelecem a responsabilidade civil objetiva dos curadores e a responsabilidade subsidiária e equitativa dos incapazes (absoluta ou relativamente).

A entrada em vigor do EPD levantou mais um campo de discussão, para além da natureza da responsabilidade civil dos sujeitos incapazes e dos conceitos de imputabilidade e culpabilidade, a desafiar a interpretação e aplicação das normas sobreditas. Indaga-se, em face da presunção de capacidade das pessoas com deficiência psíquica ou intelectual e, ainda, da possibilidade de restrição/modulação de sua capacidade nos casos excepcionais em que se fizer necessária a curatela para determinados atos (hipótese em que o curatelado é considerado, apenas para a prática de tais atos, como relativamente incapaz devido ao disposto nos artigos 4º e 1.767, I, do Código Civil), se referidas pessoas passariam a responder, em regra, tal e qual as pessoas capazes ou se poderiam, em razão de sua deficiência e da consequente vulnerabilidade, gozar do regime mais benéfico da indenização equitativa destinado aos incapazes.

A premissa de que a pessoa com deficiência é autônoma impacta diretamente no instituto da responsabilidade civil, uma vez que poderá ser responsabilizada por seus atos. Os reflexos do EPD, no regime da responsabilidade civil das pessoas com deficiência, deram-se justamente no sentido de poderem (e deverem) ser responsabilizadas, em regra, tal como quaisquer outras pessoas capazes. Ao nosso ver, esta pode se configurar subjetivamente (pelo ato ilícito

¹ Professora de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora. Mestre e Doutora em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Especialista em Direito Civil pela Università di Camerino – Itália. Advogada. E-mail: raquel.bellini@ufjf.edu.br

² Graduanda do curso de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora.

³ “Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil: I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia; II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições; (...)”

⁴ “Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.”

⁵ “Art. 928. O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes. Parágrafo único. A indenização prevista neste artigo, que deverá ser equitativa, não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem.”

subjetivo, previsto no artigo 186 do Código Civil, com base na culpa objetiva, ou pelo ato ilícito abusivo, também dito objetivo, previsto no artigo 187) ou objetivamente, isto é, independentemente de culpa (conforme qualquer norma de imputação objetiva aplicável à hipótese danosa - por exemplo, nos casos de exercício de atividade de risco conforme parágrafo único do artigo 927 e de fornecimento de produto ou serviço conforme Código de Defesa do Consumidor, entre outros.

Evidentemente, tratando-se de pessoas relativamente incapazes (*rectius*, com capacidade restringida), poderão se valer da responsabilidade subsidiária em relação aos seus genitores ou tutores (quando menores) ou curadores (quando maiores), de conformidade com os artigos 932, I e II, e 928 do Código Civil. Mas, mesmo nessa circunstância, é necessário atentar para o fato de que, com as mudanças advindas do EPD, dita capacidade, em se tratando apenas de pessoas que não puderem, por causa transitória ou permanente, conformar e exprimir sua vontade, será restringida ou modulada somente em relação a certos atos da vida civil, que devem ser explicitados por ocasião da constituição da curatela. Contudo, para todos os demais atos, a pessoa mantém sua plena autonomia tanto no âmbito existencial quanto no patrimonial. A elasticidade dessa modulação é o que vai determinar o campo residual no qual a pessoa preserva sua plena capacidade e autonomia e, por conseguinte, sua plena responsabilidade pelos danos que eventualmente causar a terceiros.

Por outro lado, cabe indagar se, nos casos em que a pessoa com deficiência não for relativamente incapaz, ainda assim, em razão da vulnerabilidade existencial oriunda da deficiência, também deve ter um tratamento mais benéfico, similar ao das pessoas incapazes, ao menos para aplicação de uma indenização equitativa, de modo que o juiz possa, quando da fixação do valor da condenação, afastar o princípio da reparação integral da vítima previsto no artigo 944, *caput*, e preservar o mínimo existencial do autor do dano sempre que necessário. Neste ponto, é apenas da medida da indenização de que se trata, já que não seria cabível cogitar a subsidiariedade.

O que se deve ter em mira, portanto, é a tutela da dignidade da pessoa, cujo um dos corolários é a garantia do mínimo existencial. Nesse viés, a dignidade da pessoa humana assume o papel de postulado normativo da existência digna, servindo como medida de aplicação do princípio da reparação integral e da regra constante do *caput* do artigo 944. Independentemente de a pessoa ser capaz ou não, ter deficiência ou não, e independentemente da espécie de deficiência que tenha, essa proteção deve ser observada em favor de todos, evitando-se que a indenização submeta o causador do dano e até mesmo sua família a condições indignas de vida. Mas, em uma situação concreta, pode ser que a pessoa com deficiência apresente demandas especiais, sobretudo considerando suas necessidades de apoio, tais como acompanhantes, equipamentos de mobilidade e acessibilidade comunicacional, tratamentos, medicamentos, entre outras, especificidades estas que deverão ser consideradas pelo magistrado no juízo de equidade quando da fixação do *quantum debeat*. É de todo recomendável que a aferição das necessidades, que integram o mínimo existencial em cada caso, seja corroborada por avaliação multidisciplinar, não estritamente médica.

Observa-se que a solução por último apresentada não lastreia a possibilidade de redução equitativa da indenização no fato em si de a pessoa apresentar uma deficiência ou na sua vulnerabilidade existencial. Mas leva em consideração a vulnerabilidade patrimonial quando houver risco de comprometimento do mínimo existencial, em cuja aferição a deficiência influi. Tal raciocínio não se aplica apenas às pessoas com deficiência psíquica ou intelectual, mas, como dito, indistintamente a qualquer pessoa, tenha ou não deficiência.

Referências bibliográficas

ALMEIDA, Vitor. **A capacidade civil das pessoas com deficiência e os perfis da curatela**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

BARBOZA, Heloisa Helena. Vulnerabilidade e cuidado: aspectos jurídicos. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (coord.). **Cuidado e vulnerabilidade**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 106-118.

HOSNI, David Salim Santos. Responsabilidade civil da pessoa com deficiência que envolva transtorno mental. In: PEREIRA, Fábio Queiroz; LARA, Mariana, Alves (orgs.). **Deficiência e Direito Privado: novas reflexões sobre a Lei Brasileira de Inclusão e a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

KONDER, Carlos Nelson. A Redução equitativa da indenização em virtude do grau de culpa: apontamentos acerca do parágrafo único do art. 944 do Código Civil. In: **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 29, jan/mar 2007, p. 3-34.

KONDER, Carlos Nelson. Vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial: por um sistema diferenciador. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 99, p. 101-123, 2015.

MARTINS-COSTA, Judith. **Pessoa, Personalidade, Dignidade**. Tese (Livre-Docência), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Artigo 944 do Código Civil: O problema da mitigação do princípio da reparação integral. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. **O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 757-796.

MULHOLLAND, Caitlin. A responsabilidade civil da pessoa com deficiência psíquica e/ou intelectual. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (org.). **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas – Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão**. Rio de Janeiro: Processo, 2016. p. 633-659.

NETTO, Felipe Braga; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Novo tratado de responsabilidade civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 29 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016, vol. I.

ROSENVALD, Nelson. A responsabilidade civil da pessoa adulta incapaz não incapacitada e a de seu guardião de fato por danos causados a terceiros. **Revista IBERC**, Minas Gerais, v. 1, n. 1, p. 01-43, nov.-fev/2019B. Disponível em: https://docs.wixstatic.com/ugd/5d72ed_eab4a6e8f656485eb82654d44917aff5.pdf. Acesso em: 10 de dezembro de 2018.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral**. São Paulo: Saraiva, 2010.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. Vol. II. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde. A evolução da responsabilidade civil por fato terceiro na experiência brasileira, **Revista de Direito da Responsabilidade**, ano 1, 2019, p. 1.077-1.104.