

**Revista dos Estudantes de Direito da  
Universidade de Brasília**



Universidade de Brasília

Faculdade de Direito

**Revista dos Estudantes de Direito da  
Universidade de Brasília**

ISSN: 1981-9684

ISSN: 2177-6458 (eletrônico)

Décima Quarta Edição

2018

## **Editoração e Revisão**

Conselho Editorial

### **Capa**

Eduardo Varela

### **Apoio:**



Centro Acadêmico de Direito da UnB

34(05)	<p>Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília Universidade de Brasília. – n. 14 (2018) Brasília: RED UnB, 1997 ISSN 1981-9684 (impresso) ISSN 2177-6458 (eletrônico)</p> <p>1. Direito – Periódicos. I. Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília.</p>
--------	---



# **CONSELHO EDITORIAL**

A Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília é desenvolvida por alunos de graduação da FD/UnB. O Conselho responsável por esta edição foi composto pelos seguintes membros:

**Gabriel Campos Soares da Fonseca (7º semestre)**

**João Gabriel Costa dos Santos (7º semestre)**

**Luís Carlos Moura Guimarães (6º semestre)**

**Pedro Henrique Fachini Lustosa da Costa (6º semestre)**

**Valter Pedroso Vitelli (7º semestre)**

**Vítor Rabelo Naegele (6º semestre)**

# CONSELHO CONSULTIVO

A publicação de artigos na Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília é condicionada à aprovação do Conselho Consultivo, que emite parecer sobre cada trabalho recebido. Nesta edição, o Conselho Consultivo foi integrado pelos seguintes membros:

## **Diretor do Conselho Consultivo: Thiago Luís Santos Sombra - Universidade de Brasília**

Professor de Direito Privado e Doutorando na Universidade de Brasília – UnB, Mestre em Direito Privado pela PUC-SP, Pós-Graduado pela Univerisità degli Studi di Camerino (Itália), Pesquisador Visitante da London School of Economics and Political Science. Foi Procurador do Estado de São Paulo. Advogado. Autor de livros e artigos, revisor de periódicos e consultor de agências de fomento à pesquisa.

## **Alberto de Medeiros Filho - Universidade de Brasília**

Professor Voluntário da Universidade de Brasília. Professor do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Graduado em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Pós-graduado em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Direito Tributário – IBET. Mestre em Direito Tributário pela Universidade de São Paulo – USP. Procurador do Distrito Federal e Advogado na área de Direito Tributário.

## **Alexandre Araújo Costa - Universidade de Brasília**

Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB. Credenciado nos programas de pós-graduação em Ciência Política e em Direito. Doutor em Direito (2008), Mestre em Direito e Estado (1999) e Bacharel em Direito (1996) pela UnB. Coordenador do Grupo de Pesquisa em Política e Direito.

## **Ana de Oliveira Frazão - Universidade de Brasília**

Professora Adjunta de Direito Civil e Comercial da Universidade de Brasília – UnB, com atuação na Graduação e na Pós-Graduação (Mestrado e Doutorado). Advogada. Ex-Conselheira do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE (2012-2015). Ex-Diretora da Faculdade de Direito da UnB. Graduada em Direito pela UnB, Especialista em Direito Econômico e Empresarial pela FGV, Mestre em Direito e Estado pela UnB e Doutora em Direito Comercial pela PUC-SP. Autora de livros e artigos jurídicos sobre Direito Civil, Direito Comercial e Direito Econômico. Dentre os prêmios já recebidos, destaca-se o de Jovem Comercialista do Ano, concedido pelo IDSA - Instituto de Direito Societário Aplicado em 2015.

### **Bistra Stefanova Apostolova – Universidade de Brasília**

Professora Adjunta da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB. Doutora em História pela UnB. Mestre em Direito pela UnB. Graduada em Direito. Áreas de concentração: História do Direito, História do Direito brasileiro, Educação Jurídica, Direito das mulheres e Direito e Literatura. Possui larga experiência em avaliação de cursos de Direito, pela Ordem dos Advogados do Brasil (Conselho Federal) e pelo Ministério da Educação, assim como em elaboração de projetos pedagógicos. Coordenadora do projeto de extensão de ação contínua “Direitos Humanos e Gênero: Promotoras Legais Populares”.

### **Carlos Odon Lopes da Rocha**

Procurador do Distrito Federal e Advogado atuante nas áreas de ética corporativa, compliance e anticorrupção. Membro das Comissões de Advocacia Pública e Direito Administrativo da OAB/DF. Foi Chefe da Assessoria Jurídica da Controladoria-Geral do Distrito Federal e membro titular do Conselho Distrital de Promoção e Defesa dos Direitos Humanos do Distrito Federal. Mestre em Direito Constitucional pelo IDP/DF, com intercâmbio na Universidade de Granada (ESP). Pós-graduado em Direito Processual Civil. Possui livros e artigos publicados no Brasil e no exterior (Portugal e Espanha).

### **Cristiano Otávio Paixão Araújo Pinto - Universidade de Brasília**

Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB. Concluiu estágio pós-doutoral em Historiografia na École des Hautes Études en Sciences Sociales de Paris e em História Moderna na Scuola Normale Superiore di Pisa. Doutor em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG e Mestre em Teoria e Filosofia do Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Líder dos Grupos de Pesquisa Percursos, Narrativas e Fragmentos: História do Direito e do Constitucionalismo e Direito e História: políticas de memória e justiça de transição. Procurador Regional do Trabalho – MPT/MPU. Conselheiro da Comissão de Anistia (Ministério da Justiça).



### **Diego Werneck Arguelhes – Fundação Getúlio Vargas**

Professor Pesquisador da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas - RJ (FGV DIREITO RIO). Doutor em Direito pela Yale University, EUA. Possui Graduação em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (2004), Mestrado em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (2006) e é 'Master of Laws' (LL.M.) pela Yale Law School (EUA) (2008), com bolsa da instituição e da Fundação Estudar (2007-2008). Foi "Visiting Researcher" no Instituto Max Planck para Direito Internacional e Direito Público Comparado (Heidelberg, Alemanha) (Jan/Fev 2016), com bolsa da instituição, e "Visiting Fellow" no Information Society Project, Yale Law School, EUA. Atualmente, é Hauser Global Research Fellow na Escola de Direito da Universidade de Nova York (NYU) (Fall 2017). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Constitucional e Teoria do Direito, atuando principalmente nos seguintes temas: Direito Constitucional Comparado, Separação de Poderes, Mudança Constitucional, Comportamento Judicial, Pragmatismo Jurídico.

### **Diego Monteiro Cherulli**

Advogado e professor especialista em Direito Previdenciário; Vice- Presidente da Comissão de Seguridade Social da OAB/DF e Diretor de Assuntos Parlamentares do Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário – IBDP.

### **Eliana Pedroso Vitelli**

Juíza Titular do Trabalho da 1ª Vara do Trabalho de Brasília-DF do TRT da 10ª Região. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas – PUC. Bacharelado e Licenciatura em Letras, pela Unicamp. Mestre em Teoria Literária pela Unicamp.

### **Evandro Piza Duarte – Universidade de Brasília**

Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC e Doutorado em Direito pela Universidade de Brasília – UnB. É Professor na Universidade de Brasília de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia. Atualmente coordena o Centro de Estudos em Desigualdade e Discriminação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – CEDD/FD/UnB e o Núcleo de Estudos Maré Cultura Jurídica e Atlântico Negro, e integra o Grupo de Investigación sobre Igualdad Racial, Diferencia Cultural, Conflictos Ambientales y Racismos en las Américas Negras – IDCARÁN da Universidade Nacional da Colômbia.

**Francisco Javier Ansuátegui Roig - Universidad Carlos III de Madrid, España**

Es Licenciado en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid y Doctor en Derecho (Premio Extraordinario) por la Universidad Carlos III de Madrid. Ha sido Profesor Titular en la Universidad Carlos III de Madrid (1995-2003), y Catedrático en la Universidad de Jaén (2003-2006). Es Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid desde diciembre de 2006. En los últimos años ha impartido docencia en diversas asignaturas de Licenciatura, Grado y Postgrado: Teoría del Derecho, Filosofía del Derecho, Argumentación jurídica y Derechos Fundamentales, Teoría jurídica de los derechos, Historia de los derechos, y Bioética y derechos fundamentales.

**Gisela Aguiar Wanderley – Universidade de Brasília**

Mestra em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília – UnB (2017). Graduada em Direito pela UnB (2014). Tem experiência nas áreas de Direito Processual Penal, Direito Penal e Criminologia.

**Gustavo Albano Abreu - Universidad Austral, Argentina**

Profesor de Derecho del Deporte, Universidad Austral, Argentina.

**João Costa Neto - Universidade de Brasília**

Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB. Doutor e Mestre em Direito, Estado e Constituição pela UnB. Doutorando em Direito Constitucional pela Humboldt Universität zu Berlin. Mestre em Direito Romano pela Universidade de São Paulo – USP. Graduado em Filosofia pela Universidade de Brasília. Graduado em Direito pela Universidade Católica de Brasília. Procurador Da República.

**Jorge Octávio Lavocat Galvão – Universidade de Brasília**

Professor Adjunto da Universidade de Brasília – UnB, Procurador do Distrito Federal e Advogado. Bacharel em Direito pela UnB, Mestre em Direito pela New York University, Doutor em Direito Constitucional pela USP e Visiting Researcher pela Yale University (2012). Membro da Comissão de Anistia do Ministério da Justiça e da Comissão de Assuntos Constitucionais do Conselho Federal da OAB.

**Leandro Oliveira Gobbo – Universidade de Brasília**

Advogado e professor da Universidade de Brasília – UnB e da União Pioneira da Integração Social – UPIS. Graduado em Direito pela Universidade de Brasília, pós-graduado em Direito Processual Civil pelo Instituto Brasileiro de Direito Público – IDP e mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília, com bolsa do CNPq por excelência acadêmica.

**Lilian Barros de Oliveira Almeida - Universidade de Brasília**

Advogada da União, atualmente em exercício na Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República, tendo já ocupado o cargo de Adjunta do Advogado-Geral da União. Doutoranda em Ciências Jurídico-Políticas na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Portugal. Mestre em Constituição e Sociedade pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Foi professora substituta da área de Direito Público na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB.

**Marcelo da Costa Pinto Neves - Universidade de Brasília**

Bacharel (1980) e Mestre (1986) em Direito pela Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco – UFPE. Doutor em Direito pela Universidade de Bremen, com bolsa do DAAD (1991). Pós-Doutorado na Faculdade de Ciência Jurídica da Universidade de Frankfurt (1996-1998) e no Departamento de Direito da London School of Economics and Political Science (10-11.2007), com bolsa da Fundação Alexander von Humboldt. Livre-Docência pela Faculdade de Direito da Universidade de Fribourg na Suíça (2000). Professor da Faculdade de Direito do Recife da UFPE (1983- 2002), Professor Titular de 1993-2002. Visiting Fellow do Instituto de Federalismo da Universidade de Fribourg, Suíça (1998-2000). Bolsista-Pesquisador da Fundação Alexander von Humboldt no Departamento de Ciências Sociais da Universidade Frankfurt am Main, Alemanha (2000). Jean Monnet Fellow no Departamento de Direito do Instituto Universitário Europeu, em Florença, Itália (2000- 2001). Professor Visitante na Faculdade de Direito da Universidade de Fribourg, Suíça (2001). Professor Catedrático Substituto da Universidade de Frankfurt am Main, Alemanha (2001-2002). Professor Visitante na Universidade de Flensburg, Alemanha (2002- 2003). Professor Titular de Direito Público da Universidade de Brasília – UnB desde 19 de julho de 2011. Editor-chefe da Revista Direito UnB (2013-). Visiting Senior Research Fellow da Fundação de Pesquisa Adam Smith da Universidade de Glasgow, Escócia (01-04 e 06-07/2014).

**Marco Florêncio Filho - Universidade Presbiteriana Mackenzie**

Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Pós- Graduado em Direito Penal Econômico e Europeu pela Universidade de Coimbra. Presidente da Comissão de Direito Penal Econômico da OAB/SP. Professor da Graduação e Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Coordenador Geral e Professor do Mestrado em Direito da Escola Paulista de Direito. Membro do Conselho Superior de Direito da FECOMERCIO. Conselheiro da Academia Brasileira de Direito Tributário. Membro e Coordenador Estadual de São Paulo do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM. Advogado.

**Marcus Flávio Horta Caldeira – Universidade de Brasília**

Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília. Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Pós-Graduado em Direito Processual Civil (Especialista) pelo IDP (2008 - 2010). Especializado em Direito Internacional Privado (1997) e em Direito Internacional Público (1998) pela Academia de Direito Internacional de Haia – Holanda (The Hague Academy of International Law / International Court of Justice). Membro da Comissão de Assuntos Constitucionais da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional do Distrito Federal OAB-DF (2010-2013), tendo coordenado seu Grupo de Acompanhamento Legislativo (2010-2012). Curador Especial do Supremo Tribunal Federal (2003-2004) e Superior Tribunal de Justiça (2005-2008) para os processos de Homologação de Sentenças Estrangeiras. Professor da Faculdade de Ciências Jurídicas e Ciências Sociais do Centro Universitário de Brasília – UNICEUB (2005-2006). Professor de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB. Líder do grupo de estudo “Jurisdição, Constituição e Processo”.

**Maria Dolores Serra de Mello Martins – Universidade de Brasília**

Professora Colaboradora da Universidade de Brasília – UnB. Graduada pela UnB (1986). LL.M in Law and Government, na American University, Washington – DC (2009/10). Subprocuradora- Geral do Distrito Federal. Revisora da Revista da Procuradoria-Geral do D.F. em 2016. Advogada.

**Menelick de Carvalho Netto - Universidade de Brasília**

Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG. Professor Associado da Universidade de Brasília – UnB.

**Paulo de Souza Queiroz – Universidade de Brasília**

Doutor em Direito – PUC/SP, Professor da Universidade de Brasília – UnB, Membro do Ministério Público Federal e autor de diversos livros e artigos: 1) Direito Penal, parte geral. Rio: 2011, 7a edição; 2) Ensaio crítico. Direito, Política e Religião. Rio: Lumen Juris, 2011; 3) (em coautoria com Alexandre Bizotto e Andreia Rodrigues) Comentários críticos à lei de drogas. Rio: Lumen Juris, 2010; 4) Funções do direito penal. São Paulo: RT, 2005; 5) Do caráter subsidiário do direito penal. Belo Horizonte: Del-Rey, 2002; 6) Direito penal. Introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2001.

**Pedro Felipe de Oliveira Santos – Universidade de Brasília**

Master of Laws pela Universidade de Harvard (Class of 2016). Pós- graduado em Direito, Estado e Constituição pela União Educacional do Planalto Central (2010). Graduado em Direito pela Universidade de Brasília (2009). Estudou Direito Internacional Público na The Hague Academy of International Law (2010). Juiz Federal do Tribunal Regional Federal da 1a Região. Juiz Auxiliar no

Supremo Tribunal Federal. Ex-Defensor Público Federal. Professor Colaborador da Universidade de Brasília. Professor Titular da Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Professor Convidado da Universidade Estadual de Tocantins. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Constitucional Comparado e Teoria do Direito.

**Rafael Campos Soares da Fonseca - Universidade de Brasília**

Mestre em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília – UnB. Doutorando em Direito Financeiro pela Universidade de São Paulo – USP. Graduado pela UnB. Assessor de Ministro do Supremo Tribunal Federal. Ex-Membro do Conselho Editorial da Revista dos Estudantes de Direito da UnB. Especialista em Direito Tributário e Direito Financeiro. Professor do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

**Rosa Greaves - University of Glasgow, Scotland**

Rosa Greaves joined the School of Law at the University of Glasgow in 2006 and was Head of School from 2009 to 2013. Rosa is a Professor II at the University of Oslo and a Visiting Professor at the Catholic University of Lisbon. She has been a Visiting Professor at Universities in Australia, US and Europe. She is Barrister and member of Inner Temple (London). In 2000 she was awarded a *Doctores Juris Honoris Causa* conferred by the University of Oslo and in 2015 she was elected to membership of the *Academia Europaea*. Rosa specialises in European commercial law in both her research and teaching interests.

**Tania Groppi - Università di Siena, Italia**

Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università di Siena (dal marzo 2001). Delegato del Rettore dell'Università di Siena (prof. Angelo Riccaboni) per il progetto di Ateneo sulla sostenibilità (dal 15 dicembre 2010, biennio 2010-2012, quindi biennio 2012-2014 e biennio 2014-16). Componente del collegio dei docenti del Dottorato di ricerca in Scienze giuridiche delle Università di Siena e di Foggia. Membro fondatore del Gruppo di ricerca in Diritto costituzionale comparato ed europeo dell'Università di Siena (DIPEC) e coordinatore del medesimo Gruppo. Membro dell'Associazione italiana dei costituzionalisti, dell'Associazione italiana di diritto pubblico comparato ed europeo, dell'Associazione italiana di studi canadesi, dell'International Association of Constitutional Law, del “gruppo di Pisa” sulla giustizia costituzionale, socio dell'ISLE (Istituto per la documentazione e gli studi legislativi).

**Tarcísio Vieira de Carvalho Neto - Universidade de Brasília**

Professor Assistente da Universidade de Brasília – UnB. Possui graduação em Direito pela Universidade de Brasília (1993), mestrado em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo – USP (2002) e doutorado em Direito do Estado também pela Universidade de São Paulo – USP (2015). Exerce os cargos de Subprocurador-Geral do Distrito Federal – Procuradoria Geral do Distrito Federal e Ministro do Tribunal Superior Eleitoral (TSE). Advogado.

**Tatiana Azambuja Ujacow - Universidade Federal do Mato Grosso do Sul**

Professora da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Mato Grosso do Sul – UFMS. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Brasília – UnB e doutoranda em Interpretação Constitucional na Universitat de Girona, Espanha.

**Tiago Beckert Isfer – Universidade de Brasília**

Advogado formado pela Faculdade de Direito de Curitiba em 2006. Mestre em Direito Internacional Privado e do Comércio Internacional pela Université Panthéon-Assas, Paris. Curso de Direito Internacional Privado da Academia de Direito Internacional de Haia, Holanda. Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB. Chefe da Procuradoria Jurídica da Companhia do Metropolitan do Distrito Federal - METRÔ-DF. Membro da International Center for Dispute Resolution Young & International e do Comitê Brasileiro de Arbitragem.

**Thiago Matsushita - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo**

Mestre e Doutor em Direito pela PUC/SP. Professor da Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito da PUC/SP. Vice-Coordenador da Graduação em Direito da PUC/SP. Assessor da Pró-Reitoria de Pós- graduação da PUC/SP. Membro Titular do Conselho Técnico- Científico da Educação Superior (CTC-ES) da CAPES/MEC. Consultor Acadêmico e Jurídico.

**Thiago Rodvalho dos Santos – Pontifícia Universidade Católica de Campinas**

Professor-Doutor da Unimar e da PUC/Campinas. Professor- Convidado da Pós-Graduação Lato Sensu do Mackenzie/Campinas e da Toledo-Presidente Prudente. Doutor e Mestre em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, com estágio pós-doutoral no Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht. Possui Graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas (2001). Diretor Adjunto de Assuntos Judiciais do IASP (2016-2018). Membro do Instituto dos Advogados de São Paulo – IASP, do Instituto de Direito Privado - IDP, do Instituto Brasileiro de Direito Processual Civil – IBDP, e do Centro de Estudos Avançados de Processo – CEAPRO. Membro da Lista de Árbitros da Câmara de Arbitragem e Mediação da Federação das Indústrias do Estado do Paraná – CAM-FIEP, da Câmara de Mediação e Arbitragem da Italcam – Camital, da ARBITAC, do Conselho Arbitral do Estado de São Paulo – CAESP, da Câmara de Mediação e Arbitragem da Sociedade Rural Brasileira - CARB, da Câmara de Mediação e Arbitragem das Eurocâmaras - CAE, da Câmara Brasileira de Mediação e Arbitragem Empresarial - CBMAE, do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem - CEBRAMAR, e da ARBITRANET. Professor-Visitante da Universidad Autónoma del Perú. Coordenador e Professor de Arbitragem na Escola Superior de Advocacia da OAB/SP. Consultor Jurídico em São Paulo. Autor de diversas publicações no Brasil e no exterior (livros e artigos).





# APRESENTAÇÃO

É com satisfação que a Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília (RED|UnB) apresenta sua 14ª Edição. Dando continuidade a esse ímpar projeto, temos a alegria de publicar um novo editorial neste ano de 2018.

Na 13ª Edição, tivemos o prazer de contar com uma produção convidada do “*Robert Walmsley University Professor*” Cass Sunstein, da *Harvard University*, bem como fomos abrilhantados com uma palestra do Prof. Dr. Antônio José Avelãs Nunes, intitulada “Descaminhos da Europa na atualidade: a Europa está toda errada; é preciso passa-la a limpo”. Como escopo principal da Revista, tivemos a publicação de 15 artigos de acadêmicos de diferentes níveis, com destaque para as produções daqueles que passaram por nossa honrosa Faculdade de Direito. Todo o esmero desses discentes foi imprescindível para que a RED|UnB fosse realidade e que, dessa forma, pudéssemos continuar empenhados na incessante tarefa de manter este projeto em pleno funcionamento. A todos que se dispuseram a escrever esse momento conosco, nosso muito obrigado.

Agradecemos, também, ao nosso Conselho Consultivo, sempre competente e comprometido com a excelência em seus pareceres, atestando, assim, a importância de uma visão profissional e capacitada sobre cada assunto versado nos trabalhos que compõem este periódico.

Como sempre destacado, nosso objetivo é criar um espaço para que os estudantes, especialmente os do curso de Direito, possam expor suas produções acadêmicas, bem como possam ter um instrumento eficaz de confluência de discussões e atualizações da vivência universitária. Buscamos exteriorizar todo o conhecimento estudado em sala de aula, de forma que o discente possa aprender, na prática, a desenvolver seus trabalhos acadêmicos.

Para que isso seja concreto, sabemos do nosso compromisso institucional em fomentar a excelência em nossas publicações, que propiciem ao leitor a assimilação de temáticas interessantes ao ler este periódico. Ademais, tivemos a oportunidade de colher trabalhos dos projetos de extensão vinculados à FD/UnB, reforçando nosso compromisso com o fortalecimento de nossa Universidade e com o importantíssimo tripé universitário. Dessa forma, a presente edição, conta com trabalhos das mais diversas searas, notadamente: Filosofia do Direito, Direito Bancário, Direito da Concorrência, Direito Constitucional, Direito Administrativo, Direito Ambiental, Direito Internacional Público. Esses trabalhos suscitam, em bom momento, questões relevantes acerca dos temas discorridos.

Desejamos a todos uma proveitosa e enriquecedora leitura.



# SUMÁRIO

## -TRABALHOS CONVIDADOS

### **ARTIGO CONVIDADO: BEYOND THE WRITTEN CONSTITUTION: BROWN V. BOARD OF EDUCATION AS A STARTING POINT**

*Thiago Luís Santos Sombra: Assistant Private Law Professor and Ph.D student at the University of Brasilia*

*Natália Kalil Chad Sombra: São Paulo State Attorney before Brazilian Supreme Court...27*

### **RESENHA CONVIDADA: GARCIA, RAFAEL DE DEUS. TECNOLOGIA E GESTÃO DA PROVA NO PROCESSO PENAL. MINAS GERAIS: EDITORA DPLÁCIDO, 2017.**

*Evandro Piza Duarte: Doutor em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Mestre pela Universidade de Santa Catarina. Professor de Processo Penal e Criminologia na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Professor na Cátedra Brasil sobre Relações Raciais (Capes) na Universidade Nacional da Colômbia (2014). Coordenador do Centro de Estudos em Desigualdade e Discriminação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (CEDD/FD/UnB) e do Núcleo de Estudos Maré sobre Cultura Jurídica e Atlântico Negro. Integrante do Grupo de Investigación sobre Igualdad Racial, Diferencia Cultural, Conflictos Ambientales y Racismos en las Américas Negras-IDCARÁN da Universidade Nacional da Colômbia.*

*Pedro Argolo Costa: Advogado, bacharel em Direito pela Universidade de Brasília (UnB, integrante do Centro de Estudos em Desigualdade e Discriminação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (CEDD/FD/UnB) e do Núcleo de Estudos Maré sobre Cultura Jurídica e Atlântico Negro. ....34*

## -TRABALHOS APROVADOS

### **OS EFEITOS DOS EXCLUSIVE MARKETING RIGHTS SOBRE A CONCORRÊNCIA: UM ESTUDO SOBRE O MECANISMO PREVISTO NO ACORDO TRIPS E O CASO ELI LILLY**

*Angelo Gamba Prata de Carvalho: Advogado. Mestrando no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília (PPGD/UnB). Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília. Membro do Grupo de Estudos Constituição, Empresa e*

*Mercado (GECEM/UnB). .....41*

### **COMMON REPORTING STANDARD E SIGILO BANCÁRIO NO BRASIL**

*Mateo Scudeler: Advogado. Provedor voluntário na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (FD/UnB). Mestrando em Direito Econômico pela Universidade do Porto. Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília.....59*

### **O CONTROLE SOCIAL NO LICENCIAMENTO AMBIENTAL – UMA ANÁLISE DO CASO SAMARCO/2015**

*Gustavo Duarte: Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Lavras (2018)*

*Matheus Henrique Junqueira de Moraes: Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Lavras (2018).*

*Samuel Carlos Oliveira Furtado: Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Lavras (2018). .....76*

### **INTRODUÇÃO AO PENSAMENTO DE JOHN FINNIS E AS INSUFICIÊNCIAS JUSPOSITIVISTAS**

*Matheus Thiago Carvalho Mendonça: Graduando na Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Nacional de La Plata (Buenos Aires, Argentina). Integrante do grupo de pesquisa (CNPq) "Tradição da Lei Natural", do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará (UFPA), e pesquisador do grupo (CNPq) "Direito dos Refugiados e o Brasil", da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR). .....93*

### **TENDÊNCIAS INTERPRETATIVAS DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**

*Roberta Karolinny Rodrigues Alvares: Advogada. Pós-graduanda. Fundadora e Presidente da Liga Acadêmica de Direito Financeiro e Tributário (LADFT). .....108*

### **O DESVIO DA FINALIDADE ORIGINÁRIA DOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS ESTADUAIS À LUZ DA CRIMINOLOGIA, BREVES APONTAMENTOS SOBRE A EFICÁCIA PRAGMÁTICA DAS MEDIDAS DESPENALIZADORAS E A APLICAÇÃO DO NOVO PROCESSO COOPERATIVO**

*Gustavo de Carvalho Linhares: Mestrando em Direito Constitucional pelo Instituto*

*Brasiliense de Direito Público (IDP). Advogado. ....131*

**CONTRATAÇÃO IRREGULAR DE TERCEIROS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: DELINEAMENTOS PARA A CONFIGURAÇÃO DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**

*Júlio César Souza dos Santos: Especialista em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC/MG). Graduado em Direito e em Biomedicina pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Servidor do Ministério Público Federal. ....144*

**A SOBERANIA ESTATAL NA PERSPECTIVA DO TRANSCONSTITUCIONALISMO**

*Lucas Nascimento Carneiro: Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília. ....162*

**O PROCESSO DE BENEFICIAMENTO DE ROCHAS ORNAMENTAIS E SUAS IMPLICAÇÕES JURÍDICO-AMBIENTAIS**

*Adriana Isabelle Barbosa Lima Sá Leitão: Bacharelanda em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC). Assessora da Fundação Paulo Bonavides (FPB). ....181*

**-TRABALHOS DOS GRUPOS DE PESQUISA E DAS EXTENSÕES DA FD/UNB**

**O QUE PODEMOS ESPERAR DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS: UMA RESPOSTA POSSÍVEL A PARTIR DA TEORIA DOS SISTEMAS SOCIAIS DE LUHMANN**

*Daniela Marques de Moraes: Doutora em Direito pela Universidade de Brasília – UnB (2014).*

*Thiago Rais de Castro: Mestre em Engenharia Elétrica pela Universidade de São Paulo – USP (2011). Bacharelado em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). ....209*

**O EMPREENDEDORISMO JÚNIOR COMO FERRAMENTA DE CAPACITAÇÃO PROFISSIONAL E IMPACTO NA COLETIVIDADE: UMA ANÁLISE DA EXPERIÊNCIA DA ADVOCATTA**

*Elis Bandeira Alencar Brayner: Estudante de Direito da Universidade de Brasília. Membro da Empresa Júnior de Direito.*

*Gabriel de Araújo Oliveira: Estudante de Direito da Universidade de Brasília. Membro da*

*Empresa Júnior de Direito.*

*Gabriela Ozanam Araujo da Silveira: Estudante de Direito da Universidade de Brasília.  
Membro da Empresa Júnior de Direito.*

*Gabriela Romeiro Tito de Moraes: Estudante de Direito da Universidade de Brasília.  
Membro da Empresa Júnior de Direito.*

*Luana Graziela Alves Fernandes: Estudante de Direito da Universidade de Brasília.  
Membro da Empresa Júnior de Direito.*

*Matheus de Souza Depieri: Estudante de Direito da Universidade de Brasília. Membro da  
Empresa Júnior de Direito.....234*

### **O CONSENTIMENTO NA PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS: ANÁLISE DO PL 4060/2012 E SUA CONJUNTURA LEGISLATIVA**

*Alexandra Souto Maior: Advogada. Bacharel em Direito pela PUC-Campinas.  
Especialista em Direito Contratual pela PUC-SP. Pesquisadora do LAPIN/UnB.*

*Amanda Espiñeira: Mestranda em Direito pela UnB, bolsista CAPES. Advogada. Bacharel  
em Direito pela UFBA. Pesquisadora do LAPIN/UnB.*

*Alicia Akamine: Acadêmica de Direito da Universidade de Brasília. Pesquisadora do  
LAPIN/UnB.*

*Gabriel Araújo Souto: Acadêmico de Direito do IDP. Bolsista no ano de 2017 dos  
programas Youth@ForumBR e Youth@IGF do CGI.br. Intercambista do 38º Programa de  
Intercâmbio do Cade. Pesquisador do LAPIN/UnB.*

*Thiago Moraes: Assessor jurídico. Bacharel em Direito e Engenharia de Redes e Mestre  
em Ciência da Informação, pela UnB. Pesquisador do LAPIN/UnB.*

*Ana Cláudia Farranha: Professora Adjunta da Faculdade de Direito da Unb,  
Coordenadora do LAPIN/UnB.....250*

### **“VEREDICTO: SIMULAÇÕES JURÍDICAS, PESQUISA E EXTENSÃO” – O ESPAÇO DE DIÁLOGO PROPORCIONADO PELA EXPERIÊNCIA EXTENSIONISTA UNIVERSITÁRIA E SEUS REFLEXOS SOCIAIS**

*Felipe Augusto Romão: Graduando em Direito pela Universidade de Brasília*

*Giovanna Milanez Tavares: Graduando em Direito pela Universidade de Brasília*

*Patrícia Bouvier do Nascimento Silva: Graduando em Direito pela Universidade de*

*Brasília*

*Ramon Richardson Torres Lima: Graduando em Direito pela Universidade de Brasília*

*Sofia Sarmiento Barros: Graduanda em Ciências Contábeis pela*

*Universidade de Brasília.....267*

**PROMOTORAS LEGAIS POPULARES: REDE DE MULHERES COMO GARANTIDORAS DE DIREITOS FRENTE AO ESTADO PATRIARCAL**

*Isabela Martins Neves: Graduanda em Direito pela Universidade de Brasília (UnB) e facilitadora e cursista do projeto de extensão Promotoras Legais Populares.*

*Heloisa Storniolo Adegas: Formada em Direito pela Universidade de Brasília (UnB) e facilitadora do projeto de extensão Promotoras Legais Populares. ....280*

**O PROGRAMA DE EDUCAÇÃO TUTORIAL COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DE UMA UNIVERSIDADE DEMOCRÁTICA**

*Érica Fernandes Teixeira: Doutora e Mestre em Direito pela PUC Minas. Professora Adjunta da Universidade de Brasília (UnB). Tutora do PET Direito da UnB. Ex professora da PUC Minas e IEC/PUC Minas.*

*Gabriela Romeiro Tito de Moraes: Graduanda em Direito pela Universidade de Brasília (UnB) e integrante do PET Direito da UnB.*

*Isabela Martins Neves: Graduanda em Direito pela Universidade de Brasília (UnB) e integrante do PET Direito da UnB.*

*Nicolle Wagner da Silva Gonçalves: Graduanda em Direito pela Universidade de Brasília (UnB) e integrante do PET Direito da UnB.....295*





# **TRABALHOS CONVIDADOS**



## **BEYOND THE WRITTEN CONSTITUTION:**

### **BROWN V. BOARD OF EDUCATION AS A STARTING POINT**

**Thiago Luís Santos Sombra <sup>1</sup>**

**Natália Kalil Chad Sombra <sup>2</sup>**

#### **ABSTRACT**

This essay propose an analysis related to how Warren Court became very particular in American constitutional history by confronting Jim Crow laws, especially by applying the Bill of Rights against States. In this essay, we outline the complexity of the unwritten Constitution after Brown vs Board of Education and other specific contributions of the Warren Court. Cases like Brown vs. Board of Education will be analyzed from a different point of view to understand the Court's methods and how they affect the comprehension of fundamental rights today beyond what is the constitutional text.

**KEYWORDS:** Constitution. Warren Court. Bill of Rights. Brown vs. Board of Education.

---

<sup>1</sup> Assistant Private Law Professor and Ph.D student at the University of Brasilia. Visiting Reseacher at the London School of Economics-LSE, Attorney. For helpful comments and conversations, I am grateful to Juliano Zaiden (University of Brasília), Gustavo Tourinho, Leonardo Toledo, Tomaso Ferrando (Sciences Po). I have also benefitted from presenting an earlier draft of this Constitutional Law Conference at University of São Paulo. This project was supported by the General State Attorney of São Paulo's State, email [thiagoluissombra@gmail.com](mailto:thiagoluissombra@gmail.com)

<sup>2</sup> São Paulo State Attorney before Brazilian Supreme Court.

# BEYOND THE WRITTEN CONSTITUTION: A SHORT ANALYSIS OF WARREN COURT

## 1. THE MEANING OF AN UNWRITTEN CONSTITUTION

The Warren Court is still today one of the most significant stages of the American Supreme Court.<sup>3</sup> Earl Warren, a former Republican governor and vice-presidential candidate, was one of the most notable Chief Justices in America's history and a judge with a very insightful overview.<sup>4</sup> The Warren Court made a real revolution – especially when applying the Bill of Rights against States-, but Earl Warren had not done that all alone: he was together with other two brilliant judges, Hugo Black<sup>5</sup>, a former Democratic senator from the South, and Willian Brennan, a former Democratic state court judge from the Northeast.<sup>6</sup> Many critics had outlined that Earl Warren turned the Constitution upside down, but in fact he gave it color and life.

One example of that fact involves *Brown v Board of Education*, a case that still is considered a metaphor for the American dream.<sup>7</sup> In *Brown v. Board of Education*, the Court decided that Jim Crow laws and practices were unconstitutional - at least in education issues as a matter of interpretation - and segregation had to end.<sup>8</sup>

The term *Jim Crow* is often used to describe the segregation laws, rules, and customs at that time<sup>9</sup>, which arose after the Reconstruction ended in 1877 but continued until mid 1960s.<sup>10</sup> Some people say it came from a song written by Daddy Rice, an old slave and actor, who once wrote: "*Come listen all you galls and boys, I'm going to sing a little song, My name is Jim Crow. Weel about and turn about and do jis so, Eb'ry time I weel about I jump Jim Crow*".<sup>11</sup>

Earl Warren wrote the Court's opinion in *Brown v. Board of Education* based on the argument that segregation is inherently unequal, so the Federal Government and States are not allowed to separate children's schools by their color.<sup>12</sup> In fact, Jim Crow laws created two

---

<sup>3</sup> (TUSHNET, 1993, 1995)

<sup>4</sup> (SUNSTEIN, 2009)

<sup>5</sup> (QURAIISHI, 2006)

<sup>6</sup> (TUSHNET, 1994)

<sup>7</sup> (MARTIN JR., 1998, p. 235)

<sup>8</sup> (MARTIN JR., 1998, p. 195)

<sup>9</sup> *See also* (HARARI, 2014)

<sup>10</sup> (PILGRIM, 2012)

<sup>11</sup> (PILGRIM, 2012)

<sup>12</sup> (TUSHNET; LEZIN, 1991)

hereditary classes of American with white on top and blacks on the bottom.<sup>13</sup> According to Warren, *Separate but equal* was a typical offense against the Constitution Preamble, but also Article IV and specially Article I, which states that the titles of nobility are explicitly condemned. Nonetheless, the innovative aspect of the case regards to its enforcement, because the Court held that this clause obligates the federal government as well the states and privates spheres (*state action doctrine*).

Yet, Warren remarked that the Thirteenth Amendment abolished slavery and empowered Congress to pass anti-caste legislation. At the same time, the Fourteenth and Fifteenth Amendments made clear that the country was rebuilt on the bases of free and equal values.<sup>14</sup> Jack Balkin has been calling this story as The Great Progressive Narrative, which sees America as continually striving for democratic ideals.<sup>15</sup> Indeed, still today Warren's opinions gives color and life to the constitutional debate.

After *Dred Scott v. Sandford*, *Plessy v. Ferguson* and Taney's Court opinion, those amendments showed that all persons born or naturalized, black or white, jew or gentile, were American citizens, so they had the same rights of voting and freedom, as highlights Amar.<sup>16</sup> Even though, in the old South, slaves did not have entitlements of workship, freedom of expression, and also right to eat or sleep as they wanted. They could not even marry nor have a family as they planned.<sup>17</sup>

The merits of Warren Court can be resumed on the conclusion that Jim Crow laws created an apartheid in America with two unequal classes of citizens in violation of Thirteenth, Fourteenth and Fifteenth amendments.<sup>18</sup> For the Court, racial hierarchy is a kind of slavery that ought to be banned.

Hence, the most important argument for the Court's decision was in the Fourteenth Amendment because no state shall deny people equal protection under the law and no state shall abridge the privileges or immunities of the United States' citizens.<sup>19</sup>

As everyone born in the United States is a citizen, they have the privilege of equal protection since birth (not by *Plessy vs. Ferguson*), even if it is a black or white, male or female. *Separate*, in this case, can not be associated with general gender equality<sup>20</sup>. Despite that, private sphere is also obligate to observe the equal protection clause (*state action*). So,

---

<sup>13</sup> (AMAR, 2012, p. 142–143)

<sup>14</sup> (TUSHNET; LEZIN, 1991)

<sup>15</sup> (ET AL. BALKIN, 2002)

<sup>16</sup> (AMAR, 2012, p. 148)

<sup>17</sup> (MARTIN JR., 1998, p. 4)

<sup>18</sup> (AMAR, 2012, p. 151)

<sup>19</sup> (TUSHNET, 1987)

<sup>20</sup> (ET AL. BALKIN, 2002; TUSHNET, 1993)

the conclusion is that government should promote integration and Congress must work to pass laws that apply to even private domains.<sup>21</sup>

Thus, we can affirm properly that the America's Constitution is not just there in terms of a text.<sup>22</sup> That would be a great mistake. As Cass Sunstein have sustained in a essay published by The Washington Post, the fact is that Constitutional Law has numerous authors, not only at a single moment in time, but also over long periods, and often with fundamentally different ideas.<sup>23</sup>

Among years, the America's written Constitution has invited us to fulfill their gaps, to construct a counterpart in some various ways such as Americans practices, Supreme Court opinions, American icons, presidential proclamations and congressional statutes. The written and the unwritten Constitution are like the yin and yang Chinese symbols, because they are perfect halves of one whole, where each half gesture toward the other.<sup>24</sup>

## **2. THE TERMS IN WHICH A UNWRITTEN CONSTITUTION CAN BE CONSTRUCTED**

The America's unwritten Constitution not only specifies the substantive content of the written Constitution, but also clarifies the methods for determining the meaning of the text.<sup>25</sup> As we do not have a set of instructions that allows us discover and help the Constitution become a logical sense, we must go beyond the text every time. That is the reason why written and unwritten Constitution must live and go forward together. Without an unwritten Constitution of some sort, we would not even be able to properly identify official meaning of written Constitution, especially because the unwritten Constitution supports a complement to the written Constitution without supplanting it.

And we can illustrate those arguments with some examples. First of all, the text does not say anything about who presides the Vice President impeachment or how the Executive powers, that are not so specific in text as the Congressional ones (as the veto pen, the pardon pen or the power to fire cabinet) were influenced by George Washington practices. Why did not George Washington run for more than two elections if the text, in the beginning, did not mention a limit?

Another importance of the unwritten Constitution comes from the America's symbolic Constitution and the nation's icons, as the Declaration of Independence, the Federalist papers,

---

<sup>21</sup> (TUSHNET; LEZIN, 1991)

<sup>22</sup> (TUSHNET, 1995)

<sup>23</sup> (SUNSTEIN, 2015)

<sup>24</sup> (ET AL. BALKIN, 2002)

<sup>25</sup> (TUSHNET, 2009)

the Northwest Ordinance, Lincoln's Gettysburg Address, the Warren's Court's opinion in *Brown v. Board of Education*, as we mentioned before, and Martin Luther King's "I Have a dream" speech.<sup>26</sup> They are all part of an America's unwritten Constitution and does help the written one have a more perfect application and implementation.

Again, the Warren's Court had an obsession to apply The Bill of Rights against States.<sup>27</sup> We cannot forget the relevancy of *Brown vs Board of Education*, *Griswold vs. Connecticut* and *Roe vs. Wade* (privacy violations, woman rights – vote and sexual liberty), *Harper and Kramer* opinions (right to vote), *Reynolds vs Sims* and *New York Times v. Sullivan* (press and religion).<sup>28</sup> They are all components of an unwritten Constitution such as the judicial review power to create precedents (*stare decisis*), to interpret laws, to remedy violations of rights and even the number of associated judges at the Supreme Court. The Bill of Rights is another good example of an important item of the unwritten Constitution.<sup>29</sup>

The Amendments are not the only textual route that invites us to the journey beyond the Constitution's text. We have to go forward a long term trail of enumerated rights that shows us a wide field of possibilities. But we must understand one big rule: the unwritten Constitution cannot duel against the written one's and no Supreme Court has ever tried to disregard or overturn it.<sup>30</sup>

And the specific provision that best exemplify the unwritten democratic values of Constitution can be understood by the expression "we the people". This expression shows us the most important process in the beginning of America's democracy. In 1787, the people voted and discussed a basic document, a written and simple one that could be ridden even by ordinary people such as farmers.

It is the first time that a written Constitution was created in a fully democratic form, because in other places people just had traditions and customs. This document was the pivot of a democratic process in a continental scale that changed other political systems around the world. And no Constitution had not been adopted in this democratic way, even in Athens. A self-government that ordained and established a Constitution based on discussions and votes. At that time, States had conventions to decide whether to adopt the Constitution and it was necessary that 9 of 13 ratified to begin the Constitutional effects.<sup>31</sup>

Another interesting point was the qualifications to vote. The propriety and the religion

---

<sup>26</sup> (TUSHNET, 1993)

<sup>27</sup> (AMAR, 2012)

<sup>28</sup> (ET AL. BALKIN, 2002)

<sup>29</sup> (TUSHNET, 1994)

<sup>30</sup> (TUSHNET, 2010)

<sup>31</sup> (AMAR, 2012)

qualifications, for example, were lowered or eliminated, although women in general could not vote.<sup>32</sup> They did not vote because they could not fight in war, so that was a national security reason connected with democracy.<sup>33</sup> In the other hand, poverty people could vote because they were able to fight in American Revolution. Therefore people, up and down the continent, were getting to discuss and vote, with a widely freedom of speech. But who “was the people” of United States that ordained and voted? Slaves, British, Indians were not, because the Constitution was not for their benefits.<sup>34</sup> Those elections allowed many individuals to participate on the constitution process. Before American Revolution, the world had never seen something democratic like the United States Constitution.

Those democratic values were compared, for example, with the British and Swiss people, the only free countries at that time. The rest of the world was not free; they had czars, sultans, kings. They had not a self-government printed in a preamble like US Constitution. And the expression “more perfect union” showed the power of a kind of Constitution that was created by a free people.<sup>35</sup> In British monarchy they did not have something like that. The “British Constitution” had never been a written document submitted to popular vote.

Under the articles of Confederation, for example, there was not a Congress elected by the people and a Constitution submitted a popular vote, too. Senators were a kind of ambassadors. The Congress was known as a central power, but in the US Constitution it became one of the three free bodies, identified as a legislature power, elected by the people. At the Articles of Confederation the Congress was like a war council that only had certain powers, although in US Constitution the Congress has express powers and a bicameral system instead a unicameral one. The Congress was equally represented. In Articles Confederations, States were free to live the union, but in the US States, like they were constructing a more perfect union, States could not leave. Once they were in, they could not leave for geostrategic reason.

### **3. CONCLUSION**

The legacy of Brown must be understood in a cultural and legal context. Brown has given a deeply different sense into the national sense of community, in which beliefs and values could be shared. But we can still ask if Brown and Warren’s Court could have promoted an inclusive national culture or if it hey have changed the way as Americans have

---

<sup>32</sup> (MARTIN JR., 1998)

<sup>33</sup> (TUSHNET, 1987)

<sup>34</sup> (TUSHNET, 1987)

<sup>35</sup> (SUNSTEIN, 2009)



understood the Constitution. Instead, at least it is clear that Jim Crow was not anymore just a “separate but equal” practice, but above all of this, it became an opportunity of changing the meaning of Constitution.

## REFERENCES

AMAR, Akhil Reed. **America’s unwritten Constitution: the precedents and principles we live by**. New York: Basic Books, 2012.

ET AL. BALKIN, Jack M. **What Brown v. Board of Education should have said**. New York: New York University Press, 2002.

HARARI, Yuval Noah. **Sapiens: A Brief History of Humankind**. London: Random House, 2014.

MARTIN JR., Waldo E. **Brown v. Board of Education: a brief history with documents**. Boston: Bedford & St. Martin’s, 1998.

PILGRIM, David. **Who was Jim Crow**. [S.l.: s.n.], 2012. Disponível em: <<http://www.ferris.edu/jimcrow/who.htm>>. Acesso em: 18 maio 2015.

QURAIISHI, Asifa. Interpreting the Qur’an and the Constitution: similarities in the use of text, tradition, and reason in Islamic and American jurisprudence. **Cardozo Law Review** v. 28, p. 67–121 , 2006. Disponível em: <[http://heinonlinebackup.com/hol-cgi-bin/get\\_pdf.cgi?handle=hein.journals/cdozo28&section=13](http://heinonlinebackup.com/hol-cgi-bin/get_pdf.cgi?handle=hein.journals/cdozo28&section=13)>. Acesso em: 24 set. 2015.

SUNSTEIN, Cass R. **A Constitution of many minds**. New Jersey: Princeton University Press, 2009.

SUNSTEIN, Cass R. *How Star Wars explains constitutional law*. Disponível em: <<http://www.washingtonpost.com/blogs/wonkblog/wp/2015/04/29/how-star-wars-explains-constitutional-law/>>. Acesso em: 18 maio 2015.

TUSHNET, Mark. **The NAACP’s legal strategy against segregated education, 1925-1950**. [S.l.]: Univ of North Carolina Press, 1987. 2 v.

TUSHNET, Mark. The significance of Brown v. Board of Education. **Virginia Law Review** p. 173–184 , 1994.

TUSHNET, Mark. **The Warren Court in historical and political perspective**. [S.l.]: University of Virginia Press, 1993.

TUSHNET, Mark. Themes in Warren Court: biographies. **NYU Law Review** v. 70, p. 748 , 1995.

TUSHNET, Mark. Thurgood Marshall as a Symbol. **Thurgood Marshall Law Review** v. 36, p. 107 , 2010.

TUSHNET, Mark. **Weak courts, strong rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law**. New Jersey: Princeton University Press, 2009.

TUSHNET, Mark; LEZIN, Katya. What really happened in Brown v. Board of Education. **Columbia Law Review** p. 1867–1930 , 1991.

## RESENHA

### GARCIA, RAFAEL DE DEUS. TECNOLOGIA E GESTÃO DA PROVA NO PROCESSO PENAL. MINAS GERAIS: EDITORA DPLÁCIDO, 2017.

Evandro Piza Duarte<sup>36</sup>  
Pedro Argolo Costa<sup>37</sup>

Neste trabalho, fruto do mestrado em Direito na Universidade de Brasília, o Prof. Rafael de Deus Garcia se volta àquela que parece ser uma questão *fundamental* do nosso tempo: a maneira pela qual as tecnologias e o avanço informacional reorganizam nosso cotidiano e, sobretudo, como a tecnologia é apresentada como uma “solução milagrosa” dos problemas penais. No nível mais estrito do problema, o que surge é a preocupação acerca dos avanços tecnológicos e sua participação, ou ainda, seu reforço ao aparato repressor da política de drogas, maximizando a eficiência de higienização e controle social sobre os excluídos.

O itinerário proposto por Rafael vai da filosofia de Heidegger e Merleau-Ponty à pesquisa empírica *e volta*, já que a discussão filosófica vai aparecer novamente em sua caracterização do inquérito enquanto *dispositivo de conservação*, na crítica empreendida à racionalidade instrumental que norteia o uso das tecnologias no processo penal ou mesmo na análise, já ao final, da dimensão constitucional do problema. Garcia está interessado, como ele próprio diz, mais pelo *não dito* que o propriamente *dito* e todo esse *background* por ele mobilizado servirá para que, ao longo das páginas deste trabalho, possa se esgueirar pelas frestas, fissuras e inconsistências de certo *discurso oficialesco* acerca do uso das tecnologias no processo penal.

Tão logo adentramos ao primeiro capítulo, somos apresentados à delimitação conceitual da tecnologia feita por Garcia, que procura fugir dos maniqueísmos fáceis e se

---

<sup>36</sup> Doutor em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Mestre pela Universidade de Santa Catarina. Professor de Processo Penal e Criminologia na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Professor na Cátedra Brasil sobre Relações Raciais (Capes) na Universidade Nacional da Colômbia (2014). Coordenador do Centro de Estudos em Desigualdade e Discriminação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (CEDD/FD/UnB) e do Núcleo de Estudos Maré sobre Cultura Jurídica e Atlântico Negro. Integrante do Grupo de Investigación sobre Igualdad Racial, Diferencia Cultural, Conflictos Ambientales y Racismos en las Américas Negras-IDCARÁN da Universidade Nacional da Colômbia.

<sup>37</sup> Advogado, bacharel em Direito pela Universidade de Brasília (UnB, integrante do Centro de Estudos em Desigualdade e Discriminação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (CEDD/FD/UnB) e do Núcleo de Estudos Maré sobre Cultura Jurídica e Atlântico Negro.

dirige à ousada tarefa de *fazer jus à complexidade do fenômeno*, para colocar em termos próximos aos empregados pelo autor. De início, Heidegger surge como uma referência hábil a tomar a coisa *enquanto tal*: a *ontologia* da tecnologia nos afasta de uma posição que a toma por neutra. E é isso que deseja o autor em seu percurso inicial: apresentá-la não só como um instrumento e uma atividade humana (técnica), mas em sua essência, de maneira que se revele não apenas como “com-posição” (*enframing*), conceito que dá os contornos da técnica moderna, mas também seu potencial de emancipação.

A rejeição à ideia de neutralidade é também o que conduz o percurso de Garcia em direção a Herbert Marcuse e sua compreensão política da tecnologia. Assim, há o alerta: a tecnologia não poderá ser afastada do uso que lhe é dado e a racionalidade tecnológica do mundo moderno se realiza em um *sentido unidimensional*. Junto à denúncia, está também o diagnóstico, futuramente aproveitado por Rafael em seu objeto central, de que a manipulação da técnica por si só se tornou o próprio fundamento da legitimidade, de maneira que não há qualquer espaço reflexivo acerca das consequências e das causas do advento de novas técnicas.

A ontologia da tecnologia é, então, retomada para mostrar de que modo esta última atua na concepção da própria realidade e para recusar, mais uma vez, a ideia de tomar a tecnologia tão somente pelo uso que dela se faz. Neste ponto, há uma *virada subjetiva*: é-nos apresentado um conceito de essência que compreende as coisas por sua relação com os sujeitos. Na fenomenologia de Maurice Merleau-Ponty, Rafael Garcia vê a possibilidade de que a tecnologia seja compreendida em seu nível intra e intersubjetivo, para que se perceba o modo com que aquela alterou profundamente a percepção que os sujeitos têm não só do mundo como de si mesmos. A concepção do corpo enquanto *unidade sistêmica* e o conceito de *motricidade* surgem, a partir daí, para desconstruir a oposição real-virtual e para que o virtual surja como uma *nova forma de visualização, uma nova forma de experiência da realidade*.

O percurso de Rafael, cada vez mais imerso em seu objeto, volta-se ao inquérito e à crítica a uma concepção que aposta em sua racionalização progressiva e linear. Diferente disto, o inquérito é um *dispositivo de conservação*, um instrumento no qual saber e poder se confundem. Isso serve para que Garcia apresente o inquérito como um elo entre o Sistema de Justiça Criminal atual e o *antigo* sistema inquisitório, trazendo outros contornos à concepção, não rara em certos Manuais de Processo Penal, de que a época moderna seria um verdadeiro rompimento com essa lógica *passada*. É justamente esse vínculo com a concepção de verdade material, real, histórica de outrora que permite que o inquérito seja recebido no processo

judicial *com força praticamente inquebrável*.

O esforço desconstrutivo empreendido por Rafael prepara o terreno, de certa forma, para a apresentação dos dados relativos à pesquisa empírica realizada durante seu mestrado, já em um segundo momento sua dissertação. Trata-se de pesquisa desenvolvida no âmbito do “Pensando a Segurança Pública”, lançado pela Secretaria Nacional de Segurança Pública do Ministério da Justiça (SENASP) e pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) e que pretendeu compreender parte da dinâmica institucional acerca da construção da condição de suspeito, de que maneira ela se relacionava com preconceitos sociais contra o abordado, em especial os relativos à classe e ao pertencimento raça/cor no grupo negro (pretos e pardos), nas ações preventivas e repressivas da Polícia Militar ao tráfico e uso de drogas ilícitas em três cidades brasileiras (Brasília, Salvador e Curitiba).

Conforme se verá ao longo das páginas deste trabalho, a pesquisa envolveu três etapas metodológicas: (a) análise de processos, em que os Inquéritos Policiais iniciaram com Auto de Prisão em Flagrante posteriores à entrada em vigor da Nova Lei de Drogas (Lei 11.343/2006) e que tivessem sentença definitiva com trânsito em julgado no segundo semestre de 2012, nas varas criminais de Brasília, Curitiba e Salvador; (b) análise dos elementos constitutivos da Matriz Curricular Nacional, discurso dos projetos pedagógicos, currículos e ementas das disciplinas dos Cursos de Formação de Praças e Oficiais das Polícias Militares do Distrito Federal e dos Estados do Paraná e Bahia, bem como dos sites de cada unidade da PM; (c) realização de grupos focais com policiais militares das três cidades pesquisadas que tivessem atuado na repressão ao tráfico de drogas nos últimos cinco anos e realização de grupos focais com jovens negros.

Os dados são cuidadosamente trazidos por Rafael para, logo em seguida, servir como substrato à crítica por ele dirigida à Política de Guerra às Drogas e à sua construção discursiva de um *Outro-inimigo* que deve ser combatido, bem como à seletividade racial de tal combate, ou antes, como coloca o autor, desse *maskamento humano*. A *Guerra às Drogas* escamoteia não uma guerra às *drogas* em si mesmas, mas um combate contra pessoas, contra um *inimigo* destituído de qualquer status de humanidade. É inevitável, então, dar corpo a esse outro, na linha de uma corporeidade que aparece como uma necessidade logo nas primeiras páginas da obra: Rafael volta-se ao racismo e à seletividade do sistema penal e da política repressiva de “Guerra às drogas” conduzida pelo Estado, sempre tendo em mira a participação da tecnologia no processo de higienização social.

É no terceiro capítulo, por fim, que somos apresentados à dimensão propriamente constitucional do objeto: o trabalho se dirige à possibilidade de controle judicial das

atividades de persecução criminal a partir dos direitos fundamentais, em especial o direito à vida privada e à intimidade. Se, por um lado, os dados da pesquisa empírica apresentada no segundo capítulo revelam que os policiais se utilizavam de câmeras fotográficas e de filmagens para a investigação nos crimes de drogas, por outro, o registro dessa utilização não constavam nos processos analisados. O registro das atividades investigatórias, o acesso a todo esse conjunto de informações produzidas durante a fase investigatória é essencial para o controle judicial da atividade policial.

O *corpo*, sempre ele, erigido à categoria fundamental do trabalho de Rafael, volta, mais uma vez, no terceiro capítulo, apresentado agora como a *primeira dimensão da privacidade*. Protege-se o corpo do poderio estatal e do escrutínio alheio, porque o poder sobre ele é o *derradeiro poder*. Se serviu anteriormente para dar contornos mais complexos ao conceito de tecnologia, o *corpo* enquanto categoria transversal de seu trabalho opera agora a própria ampliação do conceito de intimidade. Rafael nos introduz a uma intimidade ampliada ou cujas fronteiras foram redefinidas a partir de um corpo imerso no mundo tecnológico. Há uma nova linguagem, novos sentidos, relações e interpretações que demandam a compreensão da intimidade a partir de outras lentes. A defesa de uma “proteção ao corpo humano” acaba por traçar também novas fronteiras em relação à tutela da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais à vida privada e à intimidade.

Essa *intimidade ampliada*, anteriormente discutida, ganha também novos limites a partir de outras dimensões trazidas por Rafael e agrupadas neste derradeiro capítulo de seu trabalho: “mente”; “domicílio”; “comportamento íntimo”; “a correspondência e as comunicações telegráficas e telefônicas”; “a vida familiar”; e “os dados pessoais”. Todos esses elementos trazidos deixam cada vez mais evidente como o uso das tecnologias no processo penal e no inquérito não transforma a realidade do Sistema de Justiça Criminal no sentido de uma efetivação dos direitos fundamentais, mas, ao contrário, acabam por aprofundar o punitivismo estatal.



# **TRABALHOS ACADÊMICOS**





**OS EFEITOS DOS *EXCLUSIVE MARKETING RIGHTS* SOBRE A CONCORRÊNCIA  
UM ESTUDO SOBRE O MECANISMO PREVISTO NO ACORDO TRIPS E O CASO  
ELI LILLY**

**THE EFFECTS OF EXCLUSIVE MARKETING RIGHTS ON COMPETITION  
A STUDY ON THE MECHANISM FORESEEN IN THE TRIPS AGREEMENT AND  
THE ELI LILLY CASE**

**Angelo Gamba Prata de Carvalho<sup>38</sup>**

**RESUMO**

Existe uma relação complexa entre o Direito da Concorrência e a Propriedade Intelectual, tendo em vista que a proteção de uma patente, por exemplo, tem por efeito o afastamento da concorrência, aceita em nome da contrapartida do desenvolvimento tecnológico decorrente do patenteamento. Com a assinatura do Acordo TRIPS pelo Brasil, foram introduzidos em nosso ordenamento novos institutos de impacto ainda pouco conhecido no âmbito concorrencial. É o caso dos *Exclusive Marketing Rights* (EMR), instituto cuja vigência é controvertida e que, no entanto, vem sendo por muitas vezes considerado e, inclusive, concedido pelas cortes brasileiras. Dada a falta de um sistema próprio para a concessão de EMR, este artigo analisará a forma como ele tem sido desenvolvido no Brasil e na comunidade internacional e, por fim, analisará os possíveis impactos desse direito de propriedade intelectual sobre a concorrência.

**PALAVRAS-CHAVE:** Propriedade Intelectual. Direito Concorrencial. Direitos Exclusivos de Comercialização.

**ABSTRACT**

There is a complex relation between Antitrust Law and Intellectual Property, once patent protection, for example, has the effect of pushing away the competition, which is accepted as an incentive to technological development. When Brazil signed the TRIPS Agreement, new mechanisms with unknown exclusionary impact have been introduced in our Law system. This is the case of *Exclusive Marketing Rights* (EMR), a mechanism with questionable effectiveness which recently has been accepted and even granted by Brazilian courts. Having in mind the absence of a proper system for EMR granting, this paper will analyze the way it has been engineered in Brazil and on the international community and, lastly, will also analyze the possible effects of this intellectual property right on competition.

**KEYWORDS:** Intellectual Property. Antitrust Law. Exclusive Marketing Rights.

**1. INTRODUÇÃO**

O Direito da Concorrência e a Propriedade Intelectual (PI) guardam entre si uma relação complexa. Ao passo que o primeiro procura garantir o bem-estar dos consumidores por meio da garantia de um ambiente concorrencial sadio, o segundo ramo

---

<sup>38</sup> Advogado. Mestrando no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília (PPGD/UnB). Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília. Membro do Grupo de Estudos Constituição, Empresa e Mercado (GECM/UnB).

procura fomentar a atividade de pesquisa e desenvolvimento, possibilitando o desenvolvimento tecnológico para que, também, seja incrementado o bem-estar dos indivíduos.

No entanto, a ideia de Propriedade Intelectual e, mais especificamente, do Direito Patentário, vem acompanhada da ideia de exclusividade como recompensa aos esforços direcionados ao desenvolvimento de novas tecnologias. A concessão de uma patente cria um privilégio temporário, de modo a permitir que o inventor receba todos os rendimentos de seu invento, afastando-se a livre exploração do objeto da patente pelos concorrentes. A propriedade intelectual possui regime jurídico especial que não é incompatível com a livre concorrência, porém deve ser sistematicamente adequado aos preceitos do direito antitruste<sup>39</sup>.

Para que seja concedida uma patente, o pedido de registro da exclusividade passa por um procedimento administrativo peculiar junto ao Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI), procedimento este que consiste em exame técnico que procura avaliar a presença dos requisitos legais para a concessão da proteção patentária<sup>40</sup>. É do cumprimento das formalidades de concessão da patente que decorre o direito exclusivo, legitimando-se o monopólio artificial.

A concessão de patentes no Brasil é regulada pela Lei nº 9.279 de 1996 (Lei de Propriedade Industrial). No entanto, a Propriedade Intelectual também é regulada por diversos tratados internacionais, dada a sua importância para a integração da economia globalizada e para a difusão das novas tecnologias. É o caso do Acordo TRIPS (*Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights*), descrito no Anexo 1C do Tratado de Marrakech, que foi ratificado pelo Brasil por meio do Decreto nº 1.355 de 1994.

O TRIPS traz uma série de inovações no que concerne à concessão de direitos de exclusividade, sendo algumas delas um tanto quanto controversas. É o caso do dispositivo previsto no Artigo 70.9 do Acordo, no qual está descrito um mecanismo de concessão de exclusividade sobre produtos cujo procedimento não está totalmente delineado no texto do TRIPS. Trata-se dos *Exclusive Marketing Rights* (EMR) ou Direitos Exclusivos de Comercialização (DEC), que garantem, por cinco anos, a exclusividade de um produto, desde que a patente já tenha sido solicitada e que já tenha sido aprovada a comercialização desse produto.

---

<sup>39</sup> FERRAZ JR, Tércio Sampaio. Propriedade Industrial e Defesa da Concorrência. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; HUCK, Hermes Marcelo; CASELLA, Paulo Borba. *Direito e comércio internacional: tendências e perspectivas*. Estudos em homenagem ao Prof. Irineu Strenger. p. 498.

<sup>40</sup> BARBOSA, Denis Borges. *Uma Introdução à Propriedade Intelectual*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 385.

Os EMR, em suma, são um direito de propriedade intelectual temporário concedidos quando há plausibilidade em um pedido de registro de patente depositado perante o Instituto Nacional de Propriedade Industrial, funcionando como garantia cautelar semelhante às tutelas antecipadas, inclusive sujeita à verificação do *fumus boni iuris*. Se é observado o cumprimento de uma série de requisitos – como a pendência do pedido de patente, a concessão da patente em outra jurisdição signatária do TRIPS e a observância de determinadas especificações referentes às reivindicações do pedido de patente – os EMR, na forma do texto do TRIPS, poderão ser concedidos. A grande controvérsia é sobre a aplicabilidade do TRIPS, que não seria lei uniforme, no Brasil, uma vez que não se sabe sequer qual seria o polo passivo da ação que demanda a concessão de EMR.

Por mais que os EMR ainda não tenha sido regulamentado no Brasil e que seu estatuto jurídico seja, no mínimo, nebuloso, o direito tem sido pleiteado (e por vezes concedido) pelos tribunais brasileiros. A concessão de EMR, até mesmo por não ser regulamentada, acaba por garantir a exclusividade plena de um produto sem grande atenção às formalidades peculiares à concessão de patentes. Desse modo, é preciso analisar a forma como são concedidos e pleiteados tais direitos exclusivos de comercialização a fim de avaliar sua potencialidade lesiva sobre a concorrência.

Neste trabalho, serão analisados os principais dispositivos do TRIPS relacionados a EMR, bem como sua aplicação e repercussão no Brasil e em demais países, procurando tratar das características que tomaram os EMR. Serão expostos, também, alguns casos concretos da jurisprudência dos tribunais brasileiros e do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), a fim de explorar a repercussão concorrencial do instituto.

## **2. O ACORDO TRIPS E SUA APLICAÇÃO**

A estrutura do TRIPS, notadamente suas disposições transitórias, é dotada de dispositivos que flexibilizam sua aplicação nos países em desenvolvimento, dada a intenção de integrar legislações domésticas com regulação ainda incipiente ou quase inexistente no que diz respeito à propriedade intelectual. A aplicabilidade de tratados internacionais é assunto recorrente na doutrina internacionalista e na jurisprudência nacional, razão pela qual, no intuito de descrever adequadamente o mecanismo dos *Exclusive Marketing Rights*, serão abaixo descritas as peculiaridades do TRIPS no que concerne a sua aplicação, para que depois seja exposto o dispositivo que prescreve a adoção de EMR pelos países signatários do Acordo.

## 2.1 A aplicabilidade do TRIPS no Brasil

Segundo Denis Barbosa<sup>41</sup>, um dos objetivos do TRIPS foi o de estabelecer um patamar adequado de proteção dos direitos de propriedade intelectual, estabelecendo uma relação de troca entre os países em desenvolvimento, cuja legislação em PI era incipiente ou inexistente, e os países desenvolvidos, que procuravam derrubar barreiras comerciais oferecidas pelas políticas de alguns países especialmente em alguns setores tecnológicos, a exemplo do setor de medicamentos. Em contrapartida da reformulação de políticas de patentes dos países em desenvolvimento, foi inserida no Acordo uma cláusula de não discriminação da origem das patentes, de maneira a facilitar o acesso dos produtos de países em desenvolvimento aos mercados de todos os Estados signatários.

O texto do TRIPS, tendo em vista sua função de estabelecer padrões mínimos de legislação em propriedade intelectual, apresentou especial preocupação com a integração dos países em desenvolvimento, cuja regulação dessa área era ainda incipiente no que diz respeito à regulação dessa área. Tal preocupação é visível já na introdução do Acordo, quando se coloca:

*Reconhecendo* a necessidade de um arcabouço de princípios, regras e disciplinas multilaterais sobre o comércio internacional de bens contrafeitos;

*Reconhecendo* que os direitos de propriedade intelectual são direitos privados;

*Reconhecendo* os objetivos básicos de política pública dos sistemas nacionais para a proteção da propriedade intelectual, inclusive os objetivos de desenvolvimento e tecnologia;

***Reconhecendo igualmente as necessidades especiais dos países de menor desenvolvimento relativo Membros no que se refere à implementação interna de leis e regulamentos com a máxima flexibilidade, de forma a habilitá-los a criar uma base tecnológica sólida e viável;***

*Ressaltando* a importância de reduzir tensões mediante a obtenção de compromissos firmes para a solução de controvérsias sobre questões de propriedade intelectual relacionadas ao comércio, por meio de procedimentos multilaterais;<sup>42</sup> (grifo nosso)

Nesse sentido, o Acordo estabelece prazos distintos de aplicação de suas normas a países em desenvolvimento. Conforme ao que aponta Carlyn Deere<sup>43</sup>, certos países se aproveitaram da flexibilidade do TRIPS para que sua implementação fosse ao encontro dos interesses nacionais, deixando a regulação doméstica no patamar mínimo exigido pelo TRIPS. Há casos, também, nos quais a regulação de propriedade intelectual ultrapassou esse patamar e, ainda, ocasiões em que essa regulação sequer alcançou esse patamar. No caso de vários dos

---

<sup>41</sup> BARBOSA, Denis Borges. Direitos exclusivos de comercialização: um instituto inexistente no direito brasileiro. *Revista da Associação Brasileira de Propriedade Intelectual*. v. 96, set./out. 2008. p. 3.

<sup>42</sup> ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO (OMC). *Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio*. 1º de Janeiro de 1995. Disponível em: <[https://www.wto.org/english/docs\\_e/legal\\_e/27-trips\\_01\\_e.htm](https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips_01_e.htm)>.

<sup>43</sup> DEERE, Carolyn. *The implementation game: The TRIPS Agreement and the Global Politics of Intellectual Property Reform in Developing Countries*. Nova Iorque, Oxford University Press, 2009. p. 13.

países em desenvolvimento, a autora declara que muitos somente desenvolveram sua legislação semanas antes do prazo final estabelecido no Acordo.

As disposições transitórias do TRIPS possuem, portanto, uma série de mecanismos destinados à flexibilização do Acordo, notadamente no que diz respeito à adesão de países em desenvolvimento. No parágrafo 2º do artigo 65 do TRIPS, ficou estabelecido um prazo de transição de quatro anos para os países em desenvolvimento. O parágrafo 4º do artigo 65 também estabelece a possibilidade de países em desenvolvimento adiarem a aplicação de algumas das disposições do Acordo por mais cinco anos no que diz respeito à proteção sobre setores tecnológicos ainda não protegidos pelas antigas leis de patentes.

Nesse último caso, é de extrema importância que a expressão utilizada foi “poderá adiar a aplicação”, diferente do caso do § 2º, no qual se coloca que os países em desenvolvimento têm “direito de postergar a data de aplicação das disposições do presente Acordo”. A dilação de prazo prevista no artigo 65.4 é um dos pontos de controvérsia sobre a aplicação do TRIPS e foi, por diversas vezes, analisada pelo Judiciário brasileiro. É o caso do Recurso Especial nº 960.728 – RJ, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi:

COMERCIAL. RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. PATENTES. PEDIDO DE PRORROGAÇÃO, POR MAIS CINCO ANOS, DE PATENTE CONCEDIDA NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 5.772/71, EM FACE DA ADESÃO DO BRASIL AO ACORDO TRIPS. NATUREZA DO ACORDO. EXAME DAS CLÁUSULAS RELATIVAS ÀS POSSÍVEIS PRORROGAÇÕES DE PRAZO DE VIGÊNCIA DO TRIPS PARA OS PAÍSES EM DESENVOLVIMENTO E DAS DISCUSSÕES LEGISLATIVAS NO CONGRESSO BRASILEIRO DURANTE A ADESÃO AO ACORDO.

[...] Em reexame da questão, verifica-se, porém, que o **TRIPS não é uma Lei Uniforme; em outras palavras, não é um tratado que foi editado de forma a propiciar sua literal aplicação nas relações jurídicas de direito privado ocorrentes em cada um dos Estados que a ele aderem, substituindo de forma plena a atividade legislativa desses países, que estaria então limitada à declaração de sua recepção.** [...]

- Em resumo, não se pode, realmente, pretender a aplicação do prazo previsto no art. 65.4 do TRIPS, por falta de manifestação legislativa adequada nesse sentido; porém, o afastamento deste prazo especial não fulmina, de forma alguma, o prazo genérico do art. 65.2, que é um direito concedido ao Brasil e que, nesta qualidade, não pode sofrer efeitos de uma pretensa manifestação de vontade por omissão, quando nenhum dispositivo obrigava o país a manifestar interesse neste ponto como condição da eficácia de seu direito. Recurso especial não conhecido.<sup>44</sup> (grifo nosso)

A conclusão da Ministra-Relatora pela inaplicabilidade da dilação de prazo prevista no artigo 65.4 partiu da premissa de que o TRIPS não seria Lei Uniforme, ou seja, que não seria automaticamente aplicável no âmbito interno, dependendo de manifestação do legislador que partiria das orientações mínimas fixadas pelo Acordo<sup>45</sup>.

<sup>44</sup> STJ. REsp nº 960.728 – RJ. Relatora: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 17/03/2009, T3 - TERCEIRA TURMA.

<sup>45</sup> No mesmo sentido: STJ. REsp nº 642.213 - RJ 2004/0003826-7, Relator: Min. João Otávio de Noronha, Data

A construção do conceito de Lei Uniforme no direito brasileiro, como aponta Dênis Barbosa<sup>46</sup>, foi possível a partir da série de julgamentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal, nas décadas de 1960 e 1970, acerca das Leis Uniformes de Genebra sobre títulos de crédito, de 1966. Exemplo claro é o Recurso Extraordinário nº 71.154 – PR, de 1971, relatado pelo Min. Oswaldo Trigueiro, referente à Lei Uniforme sobre o Cheque, cuja ementa expressa que “Aprovada essa Convenção pelo Congresso Nacional, e regularmente promulgada, suas normas têm aplicação imediata, inclusive naquilo em que modificarem a legislação interna”<sup>47</sup>. Dessa forma, todos os tratados seriam suscetíveis à integração ao ordenamento brasileiro se aprovados pelo Congresso Nacional, porém a possibilidade de aplicação direta deveria ser verificada no texto do tratado<sup>48</sup>.

A resolução acerca da controvérsia sobre a definição de normas de direito internacional diretamente aplicável é tratada de forma mais sistemática por Antonio Augusto Cançado Trindade, que estabelece como critérios a definição clara do direito e a especificidade da norma para que seja aplicada judicialmente a um caso concreto:

É esta uma determinação que tem cabido ao direito constitucional; no entanto, cuidou o direito internacional de elaborar o conceito das normas diretamente aplicáveis (self-executing) propriamente ditas, com relação a disposições de tratados passíveis de ser invocadas por um particular ante um tribunal ou juiz (“incorporação” automática), sem necessidade de um ato jurídico complementar (“transformação”) para sua exigibilidade e implementação. Para que uma norma convencional possa ser autoaplicável, passou-se a considerar necessária a conjugação de duas condições, a saber, primeiro, que a norma conceda ao indivíduo um direito claramente definido e exigível ante um juiz, e segundo, que seja ela suficientemente específica para poder ser aplicada judicialmente em um caso concreto, operando per se sem necessidade de um ato legislativo ou medidas administrativas subsequentes. A norma diretamente aplicável, em suma, consagra um direito individual, passível de pronta aplicação ou execução pelos tribunais ou juízes nacionais.<sup>49</sup>

A interpretação do Superior Tribunal de Justiça, portanto, foi a de que o TRIPS não se trataria de lei uniforme porque, nos termos utilizados por Cançado Trindade, o Acordo não poderia operar sem a necessidade de atos legislativos ou medidas administrativas subsequentes. O caso do início da vigência do Acordo acaba por ser solucionado pelo decurso do tempo, uma vez que há muito já passou o prazo (mesmo dilatado) previsto nas disposições

---

de Julgamento: 28/04/2010, S2 - SEGUNDA SEÇÃO.

<sup>46</sup> BARBOSA, Denis Borges. Direitos exclusivos de comercialização: um instituto inexistente no direito brasileiro. p. 19.

<sup>47</sup> STF. RE nº 71.154 - PR. Relator: Min. Oswaldo Trigueiro, Data de Julgamento: 04/08/1971, TRIBUNAL PLENO.

<sup>48</sup> BARBOSA, Denis Borges. Direitos exclusivos de comercialização: um instituto inexistente no direito brasileiro. p. 19.

<sup>49</sup> CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *Direito Internacional e Direito Interno: Sua Interação na Proteção dos Direitos Humanos*. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/introd.htm>> Acesso em: 22 ago 2015.

transitórias do TRIPS. Porém, o mesmo não ocorre com o objeto deste trabalho, os *Exclusive Marketing Rights*, que serão explorados a seguir.

## 2.2 Os EMR no texto do TRIPS

Os *Exclusive Marketing Rights* estão previstos no artigo 70 do Acordo TRIPS, que trata da proteção da matéria existente, mais especificamente no parágrafo 9º desse artigo. O texto do artigo 70.9 é o que se segue:

9. Quando um produto for objeto de uma solicitação de patente num Membro, em conformidade com o parágrafo 8(a), serão concedidos direitos exclusivos de comercialização, não obstante as disposições da Parte VI acima, por um prazo de cinco anos, contados a partir da obtenção da aprovação de comercialização nesse Membro ou até que se conceda ou indefira uma patente de produto nesse Membro se esse prazo for mais breve, desde que, posteriormente à data de entrada em vigor do Acordo Constitutivo da OMC, uma solicitação de patente tenha sido apresentada e uma patente concedida para aquele produto em outro Membro e se tenha obtido a aprovação de comercialização naquele outro Membro.<sup>50</sup>

O parágrafo 8(a) de que trata o dispositivo estabelece que, quando um Membro, na data de entrada em vigor do Acordo Constitutivo da OMC, não conceder proteção patentária a produtos farmacêuticos ou produtos químicos para a agricultura, estabelecerá um meio pelo qual os pedidos de patente para essas invenções possam ser depositados. Essa disposição diz respeito a outro instituto controverso, o chamado *mailbox*<sup>51</sup>, um mecanismo de transição para os países que, como o Brasil, não permitiam o patenteamento desses tipos de produtos, o que era expressamente vedado pelo Artigo 9º da Lei nº 5.772/1971, ainda vigente quando da assinatura do TRIPS. Recentemente, no âmbito do Processo nº 2013.51.01.132260-7, o Tribunal Regional Federal da 2ª Região derrubou as patentes de 53 medicamentos por entender que o *mailbox* causaria uma extensão indevida do prazo de vigência das patentes.

As implicações do *mailbox*, no entanto, não são o objeto deste estudo. O que é importante é que a delimitação do campo de incidência do instituto é também adotada para os EMR, destinados a medicamentos e produtos químicos agrícolas. Os EMR consistem, assim, em um privilégio temporário que tem como pré-requisitos: (i) o depósito do pedido de patente junto à autoridade competente (no caso do Brasil, o INPI); (ii) a obtenção da permissão de comercialização do produto no país em questão (o que, no Brasil, é competência da Agência Nacional de Vigilância Sanitária); (iii) a concessão daquela mesma patente em outro Estado signatário do TRIPS; (iv) a permissão de comercialização do produto naquele outro Estado

---

<sup>50</sup> OMC. Op. Cit.

<sup>51</sup> MATTHEWS, Duncan. *Globalising Intellectual Property Rights: The TRIPS Agreement*. Nova Iorque: Routledge, 2002. p. 75.

signatário; e (v) que as reivindicações a serem protegidas tratem de produto (de maneira que não são protegidas, pelos EMR, as reivindicações de processo, por exemplo).

A validade dos EMR também está condicionada critérios temporais mais rígidos do que aqueles aplicados às patentes, posto que estabelece um prazo máximo de cinco anos para o privilégio (enquanto as patentes vigoram por vinte anos, na forma do Art. 40 da lei nº 9.279/1996) e, antes disso, condiciona o fim do direito exclusivo especial à emissão de decisão do INPI, seja pela concessão da patente ou pelo indeferimento do pedido. Conforme ao que apontou Denis Borges Barbosa<sup>52</sup>, a concessão de EMR é fundamentada no *fumus boni iuris* decorrente da concessão da patente em outra jurisdição, mesmo sendo independentes as autoridades de patentes (é possível que duas autoridades de patentes de países signatários do TRIPS emitam decisões divergentes sobre o mesmo registro).

O instituto em questão se trata, portanto, de um direito de propriedade intelectual *sui generis*, diferente das patentes por prescindir de procedimento administrativo próprio, característica intrínseca das patentes. Os EMR seriam, assim, alheios às formalidades das patentes, não sendo exigido sequer o exame técnico pela autoridade de patentes nacional. O instituto se apoia tão somente na análise estrangeira, o que certamente fragiliza o sistema de revisão e de fiscalização contra abusos, o que ainda será tratado com mais profundidade neste trabalho.

A controvérsia acerca da aplicação direta do Acordo TRIPS surge novamente quando tratamos da concessão de EMR. Denis Borges Barbosa, em seu artigo sugestivamente intitulado *Direitos exclusivos de comercialização: um instituto inexistente no direito brasileiro*, defende veementemente que, por não ser o TRIPS lei uniforme e por não ter sido o conteúdo do direito especificado pela lei nacional, os *Exclusive Marketing Rights* não existem em nosso ordenamento.

No mesmo sentido, o autor ataca a possibilidade de os EMR terem sido regulamentados pelo Art. 14 da Lei nº 10.603/2002, que dispõe “Esta Lei não exclui os direitos exclusivos de comercialização de produtos farmacêuticos e produtos químicos para a agricultura, estabelecidos em acordos ou tratados internacionais em vigor no Brasil.” O fato de não excluir os EMR não permitiria levar à conclusão de que, através da mera citação, o instituto estivesse incluído no direito brasileiro<sup>53</sup>.

A afirmação do autor é verossímil, mesmo porque os critérios estabelecidos pela

---

<sup>52</sup> BARBOSA, Denis Borges. Direitos exclusivos de comercialização: um instituto inexistente no direito brasileiro. pp. 39-40.

<sup>53</sup> BARBOSA, Denis Borges. Direitos exclusivos de comercialização: um instituto inexistente no direito brasileiro. pp. 40-41.



doutrina e pela jurisprudência do STJ colocam que somente é possível a aplicação direta quando o direito é descrito em um nível de definição tal que possa ser exigido perante o Judiciário. No entanto, vale notar que o Denis Barbosa já parte da premissa de que o instituto não é detalhado dessa maneira no texto do TRIPS. Essa premissa pode ser tranquilamente posta em dúvida através da interpretação do dispositivo, porém a experiência internacional com a aplicação do Acordo indica para a procedência do ponto de partida da argumentação de Barbosa. A seguir, serão expostos os processos de implementação do artigo 70.9 do TRIPS em outros países signatários do Acordo.

### **3. A APLICAÇÃO DO ARTIGO 70.9 DO TRIPS EM OUTROS PAÍSES**

O TRIPS estabeleceu um mecanismo de solução de conflitos perante a Organização Mundial do Comércio mediante o qual os países signatários poderiam resolver suas diferenças a respeito da aplicação do Acordo, seja através de consultas bilaterais ou das estruturas de mediação ou conciliação fornecidas pela OMC. O procedimento prevê, inicialmente, consultas com vistas à autocomposição e, no caso da não resolução do conflito, o estabelecimento de um painel, ou seja, um colegiado de especialistas que deverá deliberar sobre a disputa e emitir um parecer a respeito do caso. A parte irressignada ainda poderá recorrer a um corpo de apelação, que somente possui competência para tratar de questões de direito, não de fato<sup>54</sup>.

Justin Malbon aponta que, entre 1995 e 2003, vinte e cinco casos foram submetidos ao mecanismo de resolução de conflitos da OMC para tratar do TRIPS, sendo que dezesseis foram originados por reclamações dos Estados Unidos. O autor afirma que a função desse mecanismo de resolução de conflitos é justamente permitir que sejam sanadas as dúvidas a respeito da interpretação do TRIPS, que propositalmente mantém flexíveis suas normas. O TRIPS, dessa maneira, fornece um ponto de partida para a legislação, porém não estabelece providências operacionais que são diretamente inseridas na legislação doméstica<sup>55</sup>. Com isso, é reiterada a colocação segundo a qual o TRIPS necessita de regulação interna, uma vez que não é lei uniforme.

Tal procedimento foi utilizado em quatro ocasiões para dirimir conflitos acerca do artigo 70.9 do TRIPS: foram protocoladas duas consultas em face da Índia, sendo uma de autoria dos Estados Unidos e outra da Comunidade Europeia; uma em face da Argentina, de autoria dos Estados Unidos; e uma em face do Paquistão, também de autoria dos Estados

---

<sup>54</sup> MALBON, Justin. *Interpreting and Implementing the TRIPS Agreement: Is it fair?* Northampton, Massachusetts: Edward Elgar, 2008. p. 57-58.

<sup>55</sup> MALBON, Justin. Op. cit. p. 64.

Unidos. Cada uma dessas quatro consultas adquiriu contornos diferentes ao longo do processo de solução de conflitos, principalmente no que se refere à forma de composição. Nesta seção, serão tratados individualmente os casos desses três países, ressaltando os desdobramentos dessas consultas sobre o estatuto jurídico dos EMR nas legislações domésticas dos Estados em questão.

### **3.1 O caso da Argentina**

A Argentina foi o motivo da consulta IP/D/18, apresentada pelos Estados Unidos ao Corpo de Resolução de Conflitos da Organização Mundial de Comércio em 10 de Maio de 1999. A consulta tratava, entre outros assuntos, do fato de a Argentina não possuir um sistema de proteção de invenções farmacêuticas na forma do artigo 70.9 do TRIPS, de modo a conceder EMR.

Em 20 de Junho de 2002, foi publicada a notificação de solução mutuamente acordada entre Estados Unidos e Argentina. No que concerne aos EMR, o documento coloca que o governo dos países em questão analisaram a Lei de Patentes Argentina (Lei nº 24.481) e o Decreto 260/96, que regulamenta a lei, e concordaram que o sistema argentino estava de acordo com o 70.9 do TRIPS.

O artigo 101, III, do Decreto 260 da Argentina determina que os direitos exclusivos de comercialização, durante o período de transição estabelecido no artigo 100 (segundo o qual somente seriam patenteáveis os pedidos apresentados a partir de 1º de Janeiro de 1995), serão concedidos mediante a apreciação de pedido direcionado ao Instituto Nacional de Propriedade Industrial argentino, levando em conta os mesmos requisitos exigidos pelo TRIPS.

### **3.2 O caso do Paquistão**

No caso do Paquistão, foi apresentada à OMC, também pelos Estados Unidos, a Consulta IP/D/2 no dia 06 de Maio de 1996, na qual se alegava que a legislação paquistanesa não fornecia, além de proteção patentária a produtos farmacêuticos ou químicos agrícolas, a proteção prevista nos artigos 70.8 e 70.9 do TRIPS.

Em 07 de Março de 1997 foi publicada a notificação de acordo entre as partes. Os dois países concordaram que o Paquistão estaria obrigado a estabelecer um sistema de concessão de EMR aos depositantes que atendessem a certos critérios. Tal obrigação foi cumprida quando, através da edição da *Ordinance* nº XXVI de 1997 pelo Presidente Farooq Ahmad Khan Leghari, foi emendado o *Patents Act* de 1911 para que os EMR fossem instituídos nos

mesmos termos prescritos pelo TRIPS<sup>56</sup>.

O documento que publicizou a resolução do conflito deixou claro, também, que os EMR seriam implementados sem qualquer óbice ou exceção, inclusive a imposição de licenciamento compulsório do produto privilegiado. Da mesma forma, ninguém obteria aprovação de comercialização de um produto sujeito a EMR sem o consentimento expresso do detentor desse direito.

### **3.3 O caso da Índia**

O caso indiano é o mais complexo desses três, posto que foi resolvido de maneira menos pacífica do que os dois anteriores, tanto que chegou a passar pelas instâncias recursais da OMC. No dia 09 de Julho de 1997, foi publicada uma consulta em que os Estados Unidos questionavam a ausência de mecanismos previstos no TRIPS (entre eles, os EMR) no ordenamento jurídico indiano, de modo a descumprir as obrigações firmadas pelo país ao assinar o tratado.

Ao contrário do que ocorreu com a Argentina e com o Paquistão, não houve acordo entre as partes. Foi, então, constituído um painel no qual foi questionado o momento no qual deveria ser implementado o sistema de EMR, tendo em vista os argumentos da Índia de que eles seriam um mecanismo que somente seria válido no período especial de cinco anos concedido pelo TRIPS aos países em desenvolvimento no caso de esses países não concederem patentes aos produtos em questão. Argumentava-se, assim, que a previsão do artigo 70.9 não implicaria na obrigação de alterar a legislação doméstica, mas na de orientar as autoridades a concederem o direito (o que, segundo os Estados Unidos, também não ocorria na Índia).

O painel concluiu, em 05 de Setembro de 1997, que a Índia estava desobedecendo o TRIPS ao não conceder às suas autoridades executivas o poder de garantir EMR, mesmo que eles não tivessem sido concedidos nenhuma vez. Concluiu-se, também, que é preciso que exista um mecanismo que conceda EMR. A Índia estaria inadimplente com suas obrigações, portanto, por não ter estabelecido um sistema desse tipo.

Em Maio de 1997, porém, outra consulta com o mesmo conteúdo foi submetida pela Comunidade Europeia em face da Índia. As conclusões foram as mesmas do caso movido pelos EUA, ou seja, que a Índia descumpra o TRIPS ao não estabelecer um sistema de concessão de EMR.

Embora a Índia tenha recorrido da decisão do painel estabelecido após a consulta dos

---

<sup>56</sup> PAQUISTÃO. Ministry of Law, Justice, Human Rights & Parliamentary Affairs. *Ordinance no. XXVI*. 1997.

Estados Unidos, em 1999 a Índia emendou seu *Patents Act* para incluir os *Exclusive Marketing Rights* em seu ordenamento. A regularização dos EMR na Índia foi extremamente detalhada, de maneira não apenas a reproduzir as determinações contidas no TRIPS, mas também a adicionar algumas peculiaridades, tais como adequações ao sistema de controle de medicamentos indiano, a regulamentação do licenciamento compulsório e o estabelecimento da possibilidade de o preço do medicamento ser limitado pelo governo indiano se fosse nesse sentido o interesse público<sup>57</sup>.

#### **4. OS EMR NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA**

Ainda que não haja regulamentação dos direitos exclusivos de comercialização no Brasil, nosso país é signatário do TRIPS e, por isso, está vinculado ao artigo 70.9, que determina o estabelecimento de um sistema de EMR. O fato de ser signatário do Acordo por várias vezes serviu de fundamento para decisões judiciais concedendo o direito, reconhecendo a integração do TRIPS ao ordenamento nacional.

A apreciação e eventual concessão de EMR pelos juízes brasileiros se apoia unicamente no texto lacônico do TRIPS, de modo que as ações que pleiteiam EMR são comumente direcionadas a entidades diferentes, posto que não existe qualquer lei que defina a competência para conceder tal direito. Para que a situação do EMR na jurisprudência brasileira seja ilustrada, serão expostos exemplos de situações distintas de aplicação do instituto, nas quais, em maior ou menor medida, foi apreciada sua aplicabilidade direta.

Os *Exclusive Marketing Rights* foram, recentemente, os protagonistas do julgamento do caso Eli Lilly pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica, o que será tratado após a exposição de algumas ações judiciais que apreciaram a questão dos EMR, concedendo-os ou não.

##### **4.1 As ações judiciais**

De modo geral, as ações que têm por pedido a concessão de EMR tramitam junto à Justiça Federal, porém incluem uma gama diversificada de sujeitos no polo passivo das demandas.

O primeiro exemplo é a Apelação Cível nº 242949220074013400/DF, ajuizada na Justiça Federal do Distrito Federal e posteriormente julgada, também, pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, sob relatoria do Desembargador Fagundes de Deus. A ação foi proposta pela empresa AstraZeneca em face da União, pleiteando a concessão de EMR sobre um medicamento anticâncer.

---

<sup>57</sup> ÍNDIA. Ministry of Law, Justice and Company Affairs. *The patents (amendment) Act*. 1999.

A justificativa de estar a União no polo passivo se encontra já no primeiro parágrafo da ementa do caso:

A União possui legitimidade para responder por ação em que se busca a declaração de direito de comercialização exclusiva do objeto de pedido de patente, porque o Brasil aderiu a tratado internacional que impõe ao Estado a responsabilidade de respeitar patente concedida no exterior enquanto não apreciada a pretensão patentária no país. Incumbe, pois, à União dar concreção jurídica à normatização pátria.<sup>58</sup>

A parte autora alegou possuir pedido de patente *sub judice* junto ao INPI, já tinha a comercialização de seu produto aprovada e, portanto, poderia pleitear direito exclusivo de comercialização. Nas razões do desembargador relator, em momento algum foi negada a vigência do instituto dos EMR no Brasil ou a aplicabilidade direta do TRIPS. Pelo contrário: o direito somente não foi concedido porque o pedido em questão não cumpria os requisitos elencados no TRIPS.

O pedido teve provimento negado pois: (i) o INPI já havia emitido parecer negativo no que diz respeito ao patenteamento do produto (sendo que o TRIPS coloca como fator extintivo dos EMR a concessão ou não da patente); e (ii) a AstraZeneca perdeu o prazo de demanda dos EMR, pois o TRIPS coloca que a União teria a obrigação de garantir os direitos de comercialização por cinco anos da aprovação da comercialização do medicamento (a aprovação ocorreu em 29.12.2000, de modo que o prazo já havia se esgotado).

A aprovação da comercialização do medicamento, é importante notar, se trata de procedimento administrativo distinto daquele que deve ser adotado para o depósito de uma patente. O primeiro é realizado junto à Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), enquanto o último é realizado junto ao INPI. Os dois procedimentos possuem funções distintas, já que a aprovação da comercialização (como se pode deduzir do nome) garante a entrada do produto no mercado e o processo de patente garante o privilégio, ou seja, a exploração comercial do produto exclusivamente pela empresa que buscou a proteção junto ao INPI.

Não é pacífica, no entanto, a aplicação direta pelos tribunais dos dispositivos do TRIPS sobre o EMR. Isso é perceptível, por exemplo, na Ação Ordinária nº 2005.51.01.525981-6, proposta pela Novartis Biociências SA em face do INPI e da Aventis Pharma SA, perante a Justiça Federal do Rio de Janeiro. Nessa ação, a parte autora pleiteava a declaração de inexistência de direitos exclusivos de comercialização sobre um pedido de patente depositado perante o INPI.

No caso em questão, a existência de EMR também seria impossível, pois o INPI já

---

<sup>58</sup> TRF1. Apelação Cível nº 242949220074013400/DF. Rel. Desl. Fagundes de Deus. Julgamento: 19/04/2011.

havia emitido parecer técnico decisório acerca do pedido de patente, derrubando a possibilidade de concessão do direito exclusivo nos termos do TRIPS. Por isso, o feito foi extinto sem resolução de mérito. Não entra, novamente, como *ratio decidendi* o fato de o EMR existir ou não. Essa questão, no entanto, aparece como ressalva, quando o juiz aduz:

Importa esclarecer, contudo, que é controversa na doutrina e jurisprudência pátrias a aplicação do instituto no Brasil. Para ilustrar, Denis Borges Barbosa é um dos renomados juristas que afirma que no caso brasileiro, inexistem direitos exclusivos de comercialização, antes ou depois das patentes. Isso porque, segundo o TRIPS, exige-se uma norma nacional específica, própria para introduzir o instituto, por duas razões: seja porque o conteúdo do direito não foi especificado pelo direito interno, seja porque cabe à lei interna, consultando seus interesses próprios, escolher qual das alternativas, compatíveis com o TRIPs, que realiza seu interesse público.<sup>59</sup>

Por fim, vale trazer aqui a decisão do Desembargador Federal Fagundes de Deus no Agravo de Instrumento nº 2007.01.00.017816-0/DF, proposto pela Eli Lilly do Brasil Ltda. em face da ANVISA. Na primeira instância da Justiça Federal do Distrito Federal, a Eli Lilly pediu, liminarmente, que fossem concedidos os EMR sobre o produto GEMZAR, um medicamento de combate ao câncer. O Juízo de primeiro grau negou o pedido, ao que a autora recorreu.

Inicialmente, havia dúvida sobre se o pedido de patente da Eli Lilly dizia respeito a processo ou a produto (tendo em vista que os EMR só protegem produtos), mas o Desembargador se convenceu e concedeu o direito exclusivo, percebendo a presença de todos os requisitos indicados no TRIPS. Também se discute, na decisão do magistrado, a autoridade competente para conceder esse direito:

Assim sendo, parece-me fora de dúvida que o pedido de patente das Agravantes refere-se a processo farmacêutico e composto (produto), pelo que cumpre reconhecer que lhes é lícito pleitear o direito exclusivo de comercialização previsto no art. 70.9 do TRIPs. [...]

Com efeito, o ordenamento jurídico brasileiro não contempla o órgão competente para conceder o direito exclusivo de comercialização pleiteado pelas Agravantes e previsto no art. 70.9 do TRIPs. A Lei 9.279/96 limita-se a tratar da proteção conferida ao titular da patente, que é basicamente, o direito de inibir terceiros, sem o seu consentimento, de produzir, usar, colocar à venda, vender ou importar o produto com estes propósitos.

No entanto, se há um direito preexistente, incumbe ao Estado dar-lhe concreção jurídica, não podendo, por isso mesmo, o titular desse direito ficar privado de exercitá-lo legitimamente.<sup>60</sup>

A tutela concedida pelo Desembargador Fagundes de Deus foi suspensa pelo STJ no dia 04 de Março de 2008<sup>61</sup>, porém não foi tecido nenhum comentário sobre a aplicabilidade

<sup>59</sup> JFRJ. Ação Ordinária nº 2005.51.01.525981-6. 31ª Vara Federal do Rio de Janeiro. Juíza Caroline Somesom Tauk. Julgado em 08 de Abril de 2015.

<sup>60</sup> TRF1. Agravo de Instrumento nº 2007.01.00.017816-0/DF. Rel. Des. Fagundes de Deus. Julgado em: 19 de Julho de 2007.

<sup>61</sup> STJ. Suspensão de liminar e de sentença nº 818. Rel. Min. Barros Monteiro. Julgado em: 04 de Março de 2008.

do TRIPS. O Ministro Barros Monteiro suspendeu a liminar com fundamento no interesse público, que se oporia à preservação da exclusividade sobre um medicamento de combate ao câncer de alto custo, quando se poderia distribuir medicamento similar de menor valor.

#### **4.2 EMR na jurisprudência do CADE: O caso Eli Lilly**

O Processo Administrativo nº 08012.011508/2007-91<sup>62</sup>, de relatoria da Conselheira Ana Frazão, tratou-se de um caso de *sham litigation* (abuso do direito de petição) que teve como representada a empresa Eli Lilly, que estaria se utilizando de enganosidades no ajuizamento de ações judiciais para garantir a exclusividade sobre seu medicamento GEMZAR.

Em 1993, a empresa depositou o pedido de patente PI 9302434-7 junto ao INPI, referente a “processo para preparar um nucleosídeo enriquecido com beta-anômero”, o que vem a ser o processo de preparação do cloridrato de gencitabina, princípio ativo de seu medicamento de combate ao câncer. O parecer do INPI foi no sentido de negar o privilégio, inclusive em sede de recurso administrativo. O caso foi ajuizado e essa primeira decisão do INPI foi anulada, de modo que a autoridade deveria emitir, novamente, parecer decisório sobre a patente em questão.

No âmbito da segunda análise no âmbito administrativo, a Eli Lilly aditou seu pedido de patente para adicionar duas reivindicações que não eram apenas de processo, mas também de produto. Contendo reivindicações de produto, o pedido de patente (apenas, é claro, na parte relativa a produto a ser privilegiado) ensejaria a requisição de EMR. Por isso, em 1º de Novembro de 2006, a Eli Lilly ajuizou ação perante a Justiça Federal do Distrito Federal pedindo a declaração do direito exclusivo de comercialização do medicamento GEMZAR, nos termos do artigo 70.9 do TRIPS. A empresa alegou que estava pendente a análise do pedido junto ao INPI, mas que o pedido cumpria todos os requisitos exigidos (a aprovação da comercialização em tempo hábil, por exemplo, o que foi concedido pela ANVISA em 19 de Outubro de 2004).

Como já se colocou no item anterior, o Desembargador Federal Fagundes de Deus concedeu os EMR à Eli Lilly, tutela que perdurou por cerca de oito meses (entre 19.07.2007 e 07.03.2008), até que o STJ suspendesse a liminar. A obtenção desse direito, nesse caso, aconteceu a partir da adoção de uma intrincada estratégia processual que envolveu o ajuizamento de diversas ações interligadas. O CADE considerou que houve grave lesão à

---

<sup>62</sup> CADE. Processo Administrativo nº 08012.011508/2007-91, Conselheira-Relatora Ana Frazão, julgado em 23/06/2015.

concorrência na medida em que a Eli Lilly obteve um monopólio indevido sobre o princípio ativo cloridrato de gencitabina, eliminando seus concorrentes através do não atendimento dos deveres e informação e diligência. O monopólio foi indevido pois a argumentação da Eli Lilly foi baseada em omissões de resultados de julgados que ocorreram em outro estado (no caso, no Rio de Janeiro, enquanto o EMR foi pedido no Distrito Federal), além de estar apoiado em um instituto controverso como o EMR.

Ficam claros, no voto da Conselheira Ana Frazão, os efeitos lesivos à concorrência decorrentes do EMR indevidamente conseguido pela Eli Lilly, tendo em vista que a utilização de proteção patentária indevidamente institui monopólio sem que haja a contrapartida social que é própria da propriedade intelectual. Além de afastar, de maneira geral, a concorrência no mercado de medicamentos contra o câncer de pulmão, a empresa Sandoz foi impedida, por três meses, de comercializar seu medicamento (similar ao da Eli Lilly) para qualquer tipo de câncer. Foi identificada, também, uma alteração nos preços, pois o medicamento era vendido por R\$540,00 quando estavam afastadas as concorrentes e, em seu retorno, passou a ser vendido por R\$189,00.

A vantagem obtida pela Eli Lilly através dos *Exclusive Marketing Rights* teve impactos diretos sobre o mercado de medicamentos e somente foi possível através da precária estrutura de concessão desse instituto. Precária ou, em outras palavras, inexistente, posto que o direito era pleiteado perante o judiciário, sem qualquer procedimento técnico competente para a aferição da pertinência da concessão do direito.

## 5. CONCLUSÃO

A propriedade intelectual é um mecanismo de extrema importância para o desenvolvimento tecnológico e econômico de um país e, por essa razão, vem sempre acompanhada de um aparato procedimental que visa garantir a legitimidade do direito de exclusividade. Como também reconhece a jurisprudência do CADE, o benefício que decorre da propriedade industrial, especialmente das patentes, “deve ser interpretado de forma cuidadosa, a fim de evitar que traga ainda mais restrições concorrenciais do que aquelas que são inerentes à sua própria natureza e ao seu âmbito legítimo de proteção”.<sup>63</sup>

Os *Exclusive Marketing Rights*, conforme definidos no artigo 70.9 do Acordo TRIPS, são um direito de propriedade industrial *sui generis*, cujo intuito é facilitar o processo de proteção de produtos farmacêuticos e químicos agrícolas através do adiantamento da

---

<sup>63</sup> CADE. Processo Administrativo nº 08012.007189/2008-08, Conselheiro-Relator Ricardo Machado Ruiz, julgado em 01/10/2014.



exclusividade, uma vez que são requisitos para sua concessão a existência de pedido de patente na autoridade nacional e, também, a concessão da patente em outro Estado signatário do TRIPS.

A experiência internacional, sobretudo no que toca aos procedimentos instaurados junto à OMC para que países periféricos cumprissem o TRIPS, demonstra que tal instituto necessita de um sistema próprio para que seja concedido, desde que sejam acatadas as diretrizes estabelecidas no Acordo. Os casos da Índia, do Paquistão e da Argentina demonstram a preocupação dos países centrais em garantir que fosse institucionalizado esse sistema de proteção, sendo insuficiente o mero acionamento do Judiciário para sua garantia, mesmo em razão do formalismo característico (e necessário) do sistema de concessão de patentes. A jurisprudência brasileira, no que concerne a tratados internacionais, também deve servir de parâmetro para a análise do TRIPS, pois estabelece diretivas para a aplicação desses tratados.

A tese da inexistência dos EMR no ordenamento jurídico brasileiro tem grande valor a nível de crítica doutrinária do instituto, porém não pode ser utilizada tão somente como argumento de autoridade no encerramento de discussões sobre o tema. Os EMR têm sido concedidos – ainda que com pouca frequência – e têm gerado efeitos significativos aos mercados. A falta de delineamentos acerca de sua natureza jurídica pode, facilmente, ensejar práticas de *sham litigation*, como se observou no caso Eli Lilly.

A criação de um sistema para a concessão desses direitos de exclusividade é de fundamental importância para a proteção da concorrência, delimitando-se os pontos controvertidos e adaptando o instituto ao sistema de proteção à propriedade industrial brasileiro. A concorrência continuará ameaçada se um direito de tão fácil consecução e de tão graves efeitos permanecer sendo concedido de forma precária por decisões judiciais.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAPTISTA, Luiz Olavo; HUCK, Hermes Marcelo; CASELLA, Paulo Borba. **Direito e comércio internacional: tendências e perspectivas.** Estudos em homenagem ao Prof. Irineu Strenger.

BARBOSA, Denis Borges. Direitos exclusivos de comercialização: um instituto inexistente no direito brasileiro. **Revista da Associação Brasileira de Propriedade Intelectual.** V. 96, set./out. 2008.

\_\_\_\_\_. **Uma Introdução à Propriedade Intelectual.** 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BASSO, Maristela. A data de aplicação do TRIPS no Brasil. **Revista de Direito**

**Constitucional e Internacional.** v.30, p.13-22, jan./mar. 2000.

BRAGA, Fabio de Almeida. Comércio Internacional e os Direitos de Propriedade Intelectual: O posicionamento brasileiro frente às demandas decorrentes da vinculação ao acordo de Constituição da Organização Mundial do Comércio e seu Anexo 1C acerca da matéria. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo.** v. 16, p. 147-189, jul./dez. 2005.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. **Direito Internacional e Direito Interno: Sua Interação na Proteção dos Direitos Humanos.** Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/introd.htm>> Acesso em: 22 ago 2015.

DEERE, Carolyn. **The implementation game: The TRIPS Agreement and the Global Politics of Intellectual Property Reform in Developing Countries.** Nova Iorque, Oxford University Press, 2009.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. Propriedade Industrial e Defesa da Concorrência. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; HUCK, Hermes Marcelo; CASELLA, Paulo Borba. *Direito e comércio internacional: tendências e perspectivas.* Estudos em homenagem ao Prof. Irineu Strenger. p. 498.

ÍNDIA. Ministry of Law, Justice and Company Affairs. **The patents (amendment) Act.** 1999.

MALBON, Justin. **Interpreting and Implementing the TRIPS Agreement: Is it fair?** Northampton, Massachusetts: Edward Elgar, 2008.

MATTHEWS, Duncan. **Globalising Intellectual Property Rights: The TRIPS Agreement.** Nova Iorque: Routledge, 2002.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO (OMC). **Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio.** 1º de Janeiro de 1995. Disponível em: <[https://www.wto.org/english/docs\\_e/legal\\_e/27-trips\\_01\\_e.htm](https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips_01_e.htm)>.

PAQUISTÃO. Ministry of Law, Justice, Human Rights & Parliamentary Affairs. **Ordinance no. XXVI.** 1997.

PICCIOTTO, Sol. Defending the Public Interest in TRIPS and the WTO. In: DRAHOS, Peter; MAYNE, Ruth. **Global Intellectual Property Rights: Knowledge, Access and Development.** Nova Iorque: Palgrave Macmillan, 2002.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial: as condutas.** São Paulo: Malheiros, 2007.

## **COMMON REPORTING STANDARD E SIGILO BANCÁRIO NO BRASIL**

### **COMMON REPORTING STANDARD AND BANK SECRECY IN BRAZIL**

**Mateo Scudeler<sup>64</sup>**

#### **RESUMO**

Acompanhando a tendência global de cooperação intergovernamental e boas práticas fiscais, por meio de programas de transparência e trocas de informações, o Brasil assinou a Convenção Multilateral para Intercâmbio Internacional de Informações Tributárias, aderindo formalmente, com isso, ao *Common Reporting Standard* (CRS). Contudo, apesar de a recente mudança da jurisprudência do STF haver rechaçado, por fim, a tese de inconstitucionalidade da flexibilização do sigredo bancário, consubstanciando-se em um importante avanço na questão, verifica-se, todavia, que a internalização do tratado no ordenamento jurídico, finalizada no ano de 2016, e a respectiva prática cooperativa internacional podem ainda vir a sofrer questionamentos judiciais residuais em face do quadro infralegal vigente.

**PALAVRAS-CHAVE:** *Common Reporting Standard*. Trocas automáticas de informações. Sigilo bancário.

#### **ABSTRACT**

Following the global trend of intergovernmental cooperation and best fiscal practices, through transparency programs and exchange of information, Brazil signed the Multilateral Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters, formally joining the Common Reporting Standard (CRS). However, despite the fact that the recent change of the Supreme Court jurisprudence has finally rejected the thesis of the unconstitutionality of the flexibilization of banking secrecy, being a great step forward, it is considered, nonetheless, that the internalization of the treaty in the legal order, completed in 2016, and the respective international cooperative practice may still face some legal residual challenges in face of the current legal board.

**KEYWORDS:** Common Reporting Standard. Automatic exchange of information. Banking secrecy.

#### **1. INTRODUÇÃO**

A cooperação para troca de informações fiscais entre diferentes autoridades tributárias nacionais surge como uma prática contemporânea destinada ao concertamento de países e governos em torno do combate ao terrorismo, à corrupção, à lavagem de dinheiro e à sonegação – e evasão – fiscal (TEIXEIRA, 2016. p. 283).

---

<sup>64</sup> Advogado. Provedor voluntário na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (FD/UnB). Mestrando em Direito Econômico pela Universidade do Porto. Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília. Contato: mateo@atkr.adv.br.

A junção de esforços transnacionais para a criação de uma rede de recolha e monitoramento automáticos de dados e perfis tributários de pessoas singulares e coletivas visa, sobretudo, ao encerramento do cerco contra movimentos criminosos que atuam à margem do poder estatal, bem como à repressão das práticas de planejamento fiscal abusivo ou agressivo e evasão de divisas – dentro do conceito de *base erosion and profit shifting*<sup>65</sup>.

Essa estratégia político-tributária – iniciada ao longo da primeira década dos anos 2000 –, contudo, encontra-se ainda em fase de implementação jurídica e amadurecimento legal no âmbito dos ordenamentos dos Estados que se têm comprometido com a tarefa, dentre os quais o Brasil. Hodiernamente, o *Common Reporting Standard* – protocolo subsidiário à Convenção Multilateral para Intercâmbio Internacional de Informações Tributárias da OCDE, da União Europeia e do G20 – desponta como a maior revolução mundial acerca do tema, contando já com o envolvimento de mais de uma centena de países<sup>66</sup>.

Diante desse cenário e considerando-se a entrada em vigor da Instrução Normativa RFB nº 1.680/2016<sup>67</sup>, com efeitos a partir de 1º de janeiro de 2017 (e já com troca efetiva de informações em setembro do mesmo ano), a questão é deveras atual, sobretudo em razão dos possíveis conflitos internos que podem ser suscitados entre a automaticidade das trocas e a atual ordem jurídica interna relativa ao sigilo bancário. Nesse sentido, o presente estudo explorará a questão já sob a óptica do mais recente entendimento prolatado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no Tema 225 da sistemática da repercussão geral (RE 601.314/SP).

Para tanto, será realizada, *a priori*, uma breve contextualização da evolução histórica dos acordos internacionais para troca de informações, seguida da exposição sintética dos termos gerais da internalização do *Common Reporting Standard* no Brasil.

Em sequência, analisar-se-á a recente jurisprudência do STF acerca das hipóteses – e respectivos limites e condicionantes – da derrogação do sigilo bancário em favor da Autoridade Tributária, tratada no julgamento com repercussão geral do RE 601.314/SP.

Por fim, apontar-se-á como o procedimento para trocas automáticas de informações

---

<sup>65</sup> Para aprofundamento acerca do tema e pormenores das práticas enquadradas como planejamentos fiscais abusivos ou agressivos, recomendam-se os estudos da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE) acerca das *BEPS Action*, bem como o *Working Paper* nº 61-2015 da Comissão Europeia (*Study on Structures of Aggressive Tax Planning and Indicators*). Disponíveis, respectivamente, em: <<http://www.oecd.org/tax/beps/beps-actions.htm>> e <[http://ec.europa.eu/taxation\\_customs/sites/taxation/](http://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/)>. Acessos em: 22.fev.2017.

<sup>66</sup> Conforme informativo da Receita Federal, o acordo em tela conta com 103 jurisdições signatárias, encontrando-se já ratificado no ordenamento interno de 86 delas – inclusive o Brasil. Disponível em: <<http://idg.receita.fazenda.gov.br/noticias/ascom/2016/agosto/promulgada-convencao-multilateral-para-intercambio-internacional-de-informacoes-tributarias>>. Acesso em: 22.fev.2017.

<sup>67</sup> Último diploma pendente para a plena transposição do acordo à jurisdição pátria, na sequência Decreto Legislativo nº 105 (de 14 de abril de 2016) e do Decreto nº 8.842 (de 29 de agosto de 2016).

preconizado no Decreto nº 8.842/2016 e normatizado pela IN RFB nº 1.680/2016 pode vir a colidir com o entendimento esposado pela Suprema Corte diante manutenção dos atuais termos da legislação interna regulamentadora do sigilo bancário.

## 2. OS ACORDOS INTERNACIONAIS SOBRE TROCAS DE INFORMAÇÃO

A cooperação das autoridades brasileiras com governos estrangeiros para troca de informações fiscais não é um fenômeno propriamente recente. Desde 1967, com a internalização de um tratado bilateral para cooperação com o Japão, o Brasil firmou, até o ano de 2014, um total de 32 tratados para intercâmbio de dados tributários a pedido, com vistas à regulamentação de hipóteses de dupla tributação – *double tax treaties*<sup>68</sup>.

Apesar de o Brasil não ser um membro da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico, é de se destacar que os tratados em questão tiveram em conta o modelo de troca de informações preconizado pelo artigo 26 da Convenção Fiscal Modelo da OCDE<sup>69</sup> que, por sua vez, parte da premissa – assente em seu quinto parágrafo – de que um

---

<sup>68</sup> Conforme enumera J. R. Scharlack (2015. p.667), “Brazil has currently in force 32 (thirty-two) treaties to avoid double taxation. Those are the ones signed with Japan (internalized into the Brazilian legislation in 1967), France (internalized in 1972), Belgium (1973), Denmark (1974), Spain (1976), Sweden (1976), Austria (1976), Luxembourg (1980), Italy (1981), Norway (1981), Argentina (1982), Canada (1986), Ecuador (1988), The Philippines (1991), Slovak Republic (1991), Czech Republic (1991), Hungary (1991), South Korea (1991), The Netherlands (1991), India (1992), China (1993), Finland (1998), Portugal (2001), Chile (2003), Israel (2005), Ukraine (2006), South Africa (2006), Mexico (2006), Peru (2009), Turkey (2013), Trinidad Tobago (2014) and Venezuela (2014)”.

<sup>69</sup> *In verbis*, conforme sua mais moderna redação: “ARTICLE 26 EXCHANGE OF INFORMATION 1. The competent authorities of the Contracting States shall exchange such information as is foreseeably relevant for carrying out the provisions of this Convention or to the administration or enforcement of the domestic laws concerning taxes of every kind and description imposed on behalf of the Contracting States, or of their political subdivisions or local authorities, insofar as the taxation thereunder is not contrary to the Convention. The exchange of information is not restricted by Articles 1 and 2. 2. Any information received under paragraph 1 by a Contracting State shall be treated as secret in the same manner as information obtained under the domestic laws of that State and shall be disclosed only to persons or authorities (including courts and administrative bodies) concerned with the assessment or collection of, the enforcement or prosecution in respect of, the determination of appeals in relation to the taxes referred to in paragraph 1, or the oversight of the above. Such persons or authorities shall use the information only for such purposes. They may disclose the information in public court proceedings or in judicial decisions. Notwithstanding the foregoing, information received by a Contracting State may be used for other purposes when such information may be used for such other purposes under the laws of both States and the competent authority of the supplying State authorises such use. 3. In no case shall the provisions of paragraphs 1 and 2 be construed so as to impose on a Contracting State the obligation: a) to carry out administrative measures at variance with the laws and administrative practice of that or of the other Contracting State; b) to supply information which is not obtainable under the laws or in the normal course of the administration of that or of the other Contracting State; c) to supply information which would disclose any trade, business, industrial, commercial or professional secret or trade process, or information the disclosure of which would be contrary to public policy (*ordre public*). 4. If information is requested by a Contracting State in accordance with this Article, the other Contracting State shall use its information gathering measures to obtain the requested information, even though that other State may not need such information for its own tax purposes. The obligation contained in the preceding sentence is subject to the limitations of paragraph 3 but in no case shall such limitations be construed to permit a Contracting State to decline to supply information solely because it has no domestic interest in such information. 5. In no case shall the provisions of paragraph 3 be construed to permit a Contracting State to decline to supply information solely because the information is held by a bank, other financial institution, nominee or person acting in an agency or

eventual sigilo bancário em vigor no Estado fornecedor do dado não é violado com a transferência decorrente da cooperação internacional (SCHARLACK, 2015, pp. 667-668).

Ainda no contexto das trocas a pedido, merece relevo o primeiro acordo firmado entre Brasil e Estados Unidos da América no âmbito do programa de cooperação decorrente do FATCA (*Foreign Account Tax Compliance Act*) – norma norte-americana que impôs, unilateralmente e para todas as instituições financeiras com atuação fora dos EUA (FFIs), a obrigação de reportar dados bancários de cidadãos estadunidenses, sob pena de coimas de até 30% das movimentações dentro dos EUA (SALOMÃO NETO, 2015).

Essa versão do FATCA foi internalizada na jurisdição brasileira, originalmente, por meio do Decreto Legislativo nº 211/2013 e respectivo Decreto nº 8.003/2013, constituindo-se em mais um acordo bilateral para troca de informações fiscais mediante requisição de quaisquer das partes interessadas. Diferenciou-se dos demais, porém, na medida em que sua mecânica evoluiu para uma troca automática de informações a partir do Acordo Intergovernamental Modelo 1 (IGA 1)<sup>70</sup>, incorporado ao ordenamento nacional pelo Decreto Legislativo nº 146/2015 e Decreto nº 8.506/2015.

Na esteira do pioneirismo norte-americano nas trocas automáticas de informações fiscais, os Estados-membros da OCDE, em conjunto com a União Europeia e os países integrantes do G20, avançaram na elaboração de um verdadeiro acordo multilateral inspirado no FATCA e no protocolo IGA 1<sup>71</sup>, com vistas à automatização do intercâmbio de dados em todos os países signatários. Nos termos do documento que sumariou a proposta,

Under the standard, jurisdictions obtain financial information from their financial institutions and automatically exchange that information with other jurisdictions on an annual basis. The standard consists of two components: a) the CRS, which contains the reporting and due diligence rules and b) the Model CAA, which contains the detailed rules on the exchange of information. To prevent circumventing the CRS it is designed with a broad scope across three dimensions:

- The financial information to be reported with respect to reportable accounts includes all types of investment income (including interest, dividends, income from certain insurance contracts and other similar types of income) but also account balances and sales proceeds from financial assets.
- The financial institutions that are required to report under the CRS do not only include banks and custodians but also other financial institutions such as brokers, certain collective investment vehicles and certain insurance companies.
- Reportable accounts include accounts held by individuals and entities (which includes trusts and foundations), and the standard includes a requirement to look through passive entities to report on the individuals that ultimately control these entities.

The CRS also describes the due diligence procedures that must be followed by

---

*a fiduciary capacity or because it relates to ownership interests in a person*” (OCDE, 2014(a). p. 40).

<sup>70</sup> Protocolo de procedimentos para a troca automática de dados desenhado pelos EUA para garantir um funcionamento uniforme e padronizado do FATCA a nível global.

<sup>71</sup> Em língua portuguesa, “*Convenção sobre Assistência Mútua Administrativa em Matéria Tributária*”.

financial institutions to identify reportable accounts.

The CRS will need to be translated into domestic law, whereas the CAA can be executed within existing legal frameworks such as Article 6 of the Multilateral Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters or the equivalent of Article 26 in a bilateral tax treaty. Before entering into a reciprocal agreement to exchange information automatically with another country, it is essential that the receiving country has the legal framework and administrative capacity and processes in place to ensure the confidentiality of the information received and that such information is only used for the purposes specified in the instrument.

Consistent with previous OECD work in the area of automatic exchange, the common standard is intended to be used by those jurisdictions wishing to automatically exchange financial account information. Its aim is to avoid a proliferation of different standards which would increase costs for both governments and financial institutions. (OCDE, 2014(b). p. 3)

Trata-se, pois, de um acordo multilateral geral que ampara a troca de informações fiscais entre quaisquer dos signatários que sejam, respectivamente, os países de residência e de origem dos contribuintes que, por sua vez, é efetivado nos termos de convenções firmadas por esses Estados, delimitadoras dos limites e regras impostos pelos conjuntos de especificidades legais de cada jurisdição – *Competent Authority Agreement (CAA)* –, sempre em observância a um mesmo parâmetro estandardizado de transmissão dos dados envolvidos – *Common Reporting and Due Diligence Standard (CRS)*.

O Brasil, no escopo dos países do G20, tomou parte no Fórum Global para a Transparência e a Troca de Informações Tributárias, aderindo ao tratado multilateral a 3 novembro de 2011, em Cannes.

### **3. A INTERNALIZAÇÃO DA CONVENÇÃO SOBRE ASSISTÊNCIA MÚTUA ADMINISTRATIVA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA**

Transcorridos quase cinco anos do comprometimento protocolar brasileiro com o acordo multilateral, o Congresso Nacional, por intermédio do Decreto Legislativo nº 105/2016, ratificou a Convenção sobre Assistência Mútua Administrativa em Matéria Tributária em 14 de abril de 2016.

Na sequência, o Decreto nº 8.842/2016, de lavra da Presidência da República, incorporou ao ordenamento jurídico o texto da Convenção e as respectivas reservas encampadas pelo Brasil. Importa observar, para os fins deste estudo, as seguintes disposições do indigitado diploma:

CAPÍTULO III  
FORMAS DE ASSISTÊNCIA  
TROCA DE INFORMAÇÕES  
ARTIGO 4º  
DISPOSIÇÕES GERAIS

1. De acordo com o disposto na presente Seção, as Partes trocarão quaisquer informações previsivelmente relevantes para a administração ou o cumprimento de suas legislações internas relativas aos tributos abrangidos pela presente Convenção.

2. [Suprimido]

3. Qualquer Parte pode indicar, mediante declaração dirigida a um dos Depositários, que, em conformidade com o seu direito interno, as autoridades respectivas podem informar os seus residentes ou nacionais antes de prestarem as informações que lhes digam respeito, nos termos do disposto nos Artigos 5º e 7º.

ARTIGO 5º

#### TROCA DE INFORMAÇÕES A PEDIDO

1. A pedido do Estado requerente, o Estado requerido fornecer-lhe-á todas as informações visadas no Artigo 4º relativas a uma pessoa ou a uma transação determinada.

2. Se as informações disponíveis nos arquivos do Estado requerido não lhe permitirem dar cumprimento ao pedido de informações, esse Estado deverá tomar todas as medidas necessárias a fim de fornecer ao Estado requerente as informações solicitadas.

ARTIGO 6º

#### TROCA AUTOMÁTICA DE INFORMAÇÕES

Relativamente a determinadas categorias de casos e de acordo com os procedimentos que estabeleçam de comum acordo, duas ou mais Partes procederão automaticamente à troca de informações referidas no Artigo 4º.

[...]

ARTIGO 21

#### PROTEÇÃO DAS PESSOAS E LIMITES À OBRIGATORIEDADE DE PRESTAÇÃO DE ASSISTÊNCIA

1. Nenhuma disposição da presente Convenção poderá afetar os direitos e as salvaguardas garantidos às pessoas pela legislação ou pela prática administrativa do Estado requerido.

2. Salvo no que diz respeito ao Artigo 14, as disposições da presente Convenção não poderão ser interpretadas no sentido de impor ao Estado requerido a obrigação de:

a) tomar medidas em desacordo com sua legislação ou sua prática administrativa, ou com a legislação ou a prática administrativa do Estado requerente;

b) tomar medidas que sejam contrárias à ordem pública;

c) fornecer informações que não possam ser obtidas com base na sua própria legislação ou prática administrativa, ou na legislação ou prática administrativa do Estado requerente;

d) fornecer informações suscetíveis de revelar um segredo comercial, industrial, profissional ou um processo comercial, ou informações cuja divulgação seja contrária à ordem pública;

e) prestar assistência administrativa, se e na medida em que se considere que a tributação do Estado requerente é contrária aos princípios tributários geralmente aceitos, ou às disposições de uma convenção destinada a evitar a dupla tributação ou de qualquer outra convenção celebrada com o Estado requerente;

f) prestar assistência administrativa tendo em vista a implementação ou o cumprimento de uma disposição da legislação tributária do Estado requerente, ou a satisfação de uma obrigação conexa, que seja discriminatória face a um nacional do Estado requerido em confronto com um nacional do Estado requerente em idênticas circunstâncias;

g) prestar assistência administrativa, se o Estado requerente não tiver esgotado todas as medidas razoáveis previstas pela sua legislação ou prática administrativa, salvo se o recurso a tais medidas causar dificuldades desproporcionais;

h) prestar assistência à cobrança nos casos em que os encargos administrativos para esse Estado sejam claramente desproporcionais face aos benefícios que possam ser obtidos pelo Estado requerente.

3. Se o Estado requerente solicitar informações ao abrigo da presente Convenção, o Estado requerido recorrerá aos poderes de que dispõe para obter as informações solicitadas, mesmo que o Estado requerido não necessite dessas informações para os seus próprios fins tributários. A obrigação constante do período anterior está sujeita aos limites previstos na presente Convenção, mas tais limites, designadamente os



limites previstos nos parágrafos 1º e 2º, não devem, em caso algum, ser interpretados no sentido de permitir que o Estado requerido se recuse a prestar tais informações pelo simples fato de essas informações não se revestirem de interesse para si, no âmbito interno.

4. As disposições da presente Convenção, designadamente o disposto nos parágrafos 1º e 2º, não poderão em caso algum ser interpretadas no sentido de permitir que o Estado requerido se recuse a prestar informações unicamente porque essas são detidas por um banco, outra instituição financeira, um mandatário ou por uma pessoa agindo na qualidade de agente ou fiduciário, ou porque essas informações são conexas com os direitos de propriedade de uma pessoa.

Nota-se, pois, que a norma preconiza no art. 5º, como regra geral, a troca de informações a pedido, estipulando no art. 6º, para além, a possibilidade de trocas automáticas para “*determinadas categorias de casos e de acordo com os procedimentos que estabeleçam de comum acordo*”. No art. 21, ademais, entabula simultaneamente que o Estado requerido não será levado a desprezar os direitos e garantias de seus jurisdicionados, nem tampouco a atuar em desconformidade com a sua lei interna, ao mesmo tempo em que também dispõe ser inadmissível qualquer alegação referente à detenção ou propriedade da informação como escusa ao seu fornecimento.

As categorias de informação submetidas ao intercâmbio automático, por sua vez, são reguladas pela Instrução Normativa RFB nº 1.680/2016, nos seguintes termos:

Art. 2º As pessoas jurídicas obrigadas a apresentar a e-Financeira, instituída pela Instrução Normativa RFB nº 1.571, de 2 de julho de 2015, para fatos ocorridos a partir de 1º de janeiro de 2017, deverão identificar as contas financeiras em conformidade com o Padrão de Declaração Comum (Common Reporting Standard - CRS), estabelecido conjuntamente por diversos países, sob a coordenação da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE).

§ 1º As informações relativas às contas financeiras de que trata o caput poderão ser objeto de troca automática de informações e serão prestadas mediante apresentação da e-Financeira, observados os prazos e demais condições estabelecidos pela Instrução Normativa RFB nº 1.571, de 2015.

Extraí-se do quadro jurídico interno do acordo, dessa feita, que: i) está autorizada a troca automática de informações fiscais dentro dos parâmetros estabelecidos pela autoridade tributária; ii) os fatos ocorridos a partir de 1º de janeiro de 2017 e referentes a contas financeiras declaráveis são passíveis de transação automática; iii) nenhum Estado está obrigado a violar as garantias de seus cidadãos ou descumprir suas legislações internas em virtude do tratado; e iv) a detenção da informação ou sua propriedade parte de um banco ou instituição fiduciária não pode ser invocada como obstáculo para a transferência ao requerente – é dizer: o dever de sigilo bancário da instituição financeira, decorrente da fidúcia concernente à detenção da informação, por exemplo, não se consubstancia em escusa legítima à sonegação da mesma.

Por fim, é ainda interessante notar o quanto disposto pelo tratado no tocante ao sigilo

dos dados comunicados:

## ARTIGO 22

### SIGILO

1. Quaisquer informações obtidas por uma Parte nos termos da presente Convenção serão consideradas sigilosas e protegidas do mesmo modo que as informações obtidas com base na legislação interna dessa Parte e, na medida necessária para garantir o nível necessário de proteção de dados de caráter pessoal, em conformidade com as salvaguardas exigidas por força da legislação interna da Parte que presta as informações e por ela especificadas.

2. Em qualquer caso, as referidas informações só poderão ser comunicadas às pessoas ou autoridades (incluindo tribunais e órgãos de administração ou supervisão) encarregadas do lançamento, arrecadação, ou cobrança dos tributos dessa Parte, ou dos procedimentos de execução ou persecução, ou das decisões de recursos relativos a esses tributos, ou da supervisão das atividades precedentes. Apenas as pessoas ou autoridades referidas acima poderão utilizar essas informações e exclusivamente para os fins acima mencionados. Não obstante o disposto no parágrafo 1º, essas informações poderão ser reveladas no decurso de audiências públicas de tribunais ou em decisões judiciais relativas a esses tributos.

3. Se uma Parte tiver formulado uma reserva nos termos previstos na alínea a) do parágrafo 1º do Artigo 30, qualquer outra Parte que obtenha informações da primeira Parte mencionada não poderá utilizá-las para efeitos de um tributo incluído numa categoria objeto de reserva. De igual modo, a Parte que formulou a reserva não poderá utilizar, para efeitos de um tributo incluído na categoria objeto de reserva, as informações obtidas nos termos do disposto na presente Convenção.

4. Não obstante o disposto nos parágrafos 1º, 2º e 3º, as informações obtidas por uma Parte poderão ser utilizadas para outros fins, quando a utilização de tais informações para esses fins seja possível, de acordo com a legislação da Parte que forneceu as informações, e a autoridade competente dessa Parte autorize essa utilização. As informações fornecidas por uma Parte a outra Parte podem ser transmitidas por esta a uma terceira Parte, sujeita a autorização prévia da autoridade competente da primeira Parte mencionada.

Dessume-se do excerto que, não obstante a parte recebedora da informação tenha que se ater às condições legais de sigilo da parte fornecedora, bem como às limitações materiais decorrentes das reservas estipuladas por essa, poderá, eventualmente, revelar indigitados dados, publicamente, *“no decurso de audiências [...] ou em decisões judiciais relativas a esses tributos”*.

## **4. SIGILO BANCÁRIO NO BRASIL: O TRATAMENTO LEGAL E O ATUAL ENTENDIMENTO DO STF (RE 601.314/SP)**

Ao passo que as informações objeto da transação via CRS são protegidas, no Brasil, pelo sigilo bancário, revela-se imperioso que, nesse ponto do estudo, seja explicitado o arcabouço jurídico aplicável e o respectivo entendimento jurisprudencial prevalente.

### **4.1. O quadro legal do sigilo bancário**

O sigilo fiscal, fundado constitucionalmente nas garantias à inviolabilidade da

privacidade e dos dados encartadas, respectivamente, nos incisos X e XII do art. 5º da CF/88<sup>72</sup> (SABBAG, 2014. p. 976), encontra-se regulamentado pela Lei Complementar nº 105/2001.

A lei em questão, ao tratar das derrogações ao dever geral do sigilo bancário – que é regra –, estabelece, em seus artigos 5º e 6º, duas possibilidades distintas de acesso direto da Autoridade Tributária pátria aos dados fiscais dos contribuintes, a saber:

Art. 5º O Poder Executivo disciplinará, inclusive quanto à periodicidade e aos limites de valor, os critérios segundo os quais as instituições financeiras informarão à administração tributária da União, as operações financeiras efetuadas pelos usuários de seus serviços.

§ 1º Consideram-se operações financeiras, para os efeitos deste artigo:

[...]

§ 2º As informações transferidas na forma do caput deste artigo restringir-se-ão a informes relacionados com a identificação dos titulares das operações e os montantes globais mensalmente movimentados, vedada a inserção de qualquer elemento que permita identificar a sua origem ou a natureza dos gastos a partir deles efetuados.

§ 3º Não se incluem entre as informações de que trata este artigo as operações financeiras efetuadas pelas administrações direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

§ 4º Recebidas as informações de que trata este artigo, se detectados indícios de falhas, incorreções ou omissões, ou de cometimento de ilícito fiscal, a autoridade interessada poderá requisitar as informações e os documentos de que necessitar, bem como realizar fiscalização ou auditoria para a adequada apuração dos fatos.

§ 5º As informações a que refere este artigo serão conservadas sob sigilo fiscal, na forma da legislação em vigor.

Art. 6º As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.

Parágrafo único. O resultado dos exames, as informações e os documentos a que se refere este artigo serão conservados em sigilo, observada a legislação tributária.

Difere-se, portanto, entre: i) o acesso automático e periódico a informações como saldos e montantes globais superiores aos mínimos referenciais estipulados e operados pela generalidade dos contribuintes dentro das 15 categorias postas na lei; e ii) a aquisição de dados completos de contas e movimentações financeiras de contribuintes específicos, desde que observada a instauração de um processo administrativo próprio e justificada a necessidade da medida. Em ambos os casos, estabelece-se que os resultados obtidos serão mantidos em sigilo, de acordo com a legislação tributária.

Supracitados artigos, a seu turno, são, ainda, regulamentados por Decretos

---

<sup>72</sup> *In verbis*: “Art. 5º [...] X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; [...]XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.

presidenciais. Do Decreto nº 4.489/2002, que conforma os limites do art. 5º da Lei Complementar, lê-se que a Receita Federal poderá valer-se das informações obtidas para apurar fatos e possíveis ilícitos, assim como para instaurar procedimentos de persecução fiscal<sup>73</sup>. Já do Decreto nº 3.724/2001, regulador do art. 6º, extrai-se que, dentre as situações que ensejam a indispensabilidade da instauração de processo administrativo para obtenção das informações bancárias individuais de contribuintes, encontra-se justamente a de “*intercâmbio de informações, com fundamento em tratados, acordos ou convênios internacionais, para fins de arrecadação e fiscalização de tributos*”<sup>74</sup>.

A conclusão extraída, dessa feita, é que as informações passíveis de obtenção automática são caracterizadas pela generalidade e pouca rastreabilidade de origem ou destino, prestando-se a facilitar a identificação de possíveis contraordenações tributárias; lado outro, os dados obtidos mediante requisição específica têm natureza mais completa e pessoal e, justamente por isso, devem sê-lo de forma justificada, tanto materialmente – na efetiva necessidade – quanto formalmente – na via do processo administrativo.

Por derradeiro, faz-se notar, também no escopo da Lei Complementar nº 105/2001, que seu art. 2º, §4º, determina que:

[o] Banco Central do Brasil e a Comissão de Valores Mobiliários, em suas áreas de competência, poderão firmar convênios: [...] II - com bancos centrais ou entidades fiscalizadoras de outros países, objetivando: a) a fiscalização de filiais e subsidiárias de instituições financeiras estrangeiras, em funcionamento no Brasil e de filiais e subsidiárias, no exterior, de instituições financeiras brasileiras; b) a cooperação mútua e o intercâmbio de informações para a investigação de atividades ou operações que impliquem aplicação, negociação, ocultação ou transferência de ativos financeiros e de valores mobiliários relacionados com a prática de condutas ilícitas.

Destarte, chama-se atenção ao fato de que, não obstante a literalidade da autorização para o intercâmbio internacional de informação – que, observe-se, em momento algum é garantido de forma automática –, o regulamento desse mesmo intercâmbio (Decreto nº 3.724/2001) demanda expressamente, em seu artigo 3º, XII, a prévia instauração de processo administrativo.

Delineado o quadro legal conformador do sigilo bancário e estabelecido das diretrizes

---

<sup>73</sup> Respectivamente, artigos 6º e 7º do Decreto nº 4.489/2002: “*Art. 6º Recebidas as informações de que trata este Decreto, se detectados indícios de falhas, incorreções ou omissões, ou de cometimento de ilícito fiscal, a apuração dos fatos dar-se-á mediante: I - requisição dos elementos e dos documentos necessários; II - procedimento fiscal. Art. 7º A Secretaria da Receita Federal resguardará, na forma da legislação aplicável à matéria, o sigilo das informações recebidas nos termos deste Decreto, facultada sua utilização para instaurar procedimento fiscal tendente a verificar a existência de crédito tributário relativo a impostos e contribuições sob sua administração*”.

<sup>74</sup> Art. 3º, inciso XII, do Decreto nº 3.724/2001.

gerais para as trocas internacionais de informações, cabe, por fim, olhar-se brevemente para a lei balizadora do processo administrativo na esfera federal.

A Lei nº 9.784/1999, em seu art. 3º, garante ao administrado

[...] os seguintes direitos perante a Administração, sem prejuízo de outros que lhe sejam assegurados: [...] II - ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos, obter cópias de documentos neles contidos e conhecer as decisões proferidas; III - formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente.

Logo, tratando-se a troca internacional de informações fiscais de verdadeiro resultado de um processo administrativo, como dispõem os diplomas aplicáveis, apenas se poderá implementar depois de efetivamente transcorridas todas as etapas formais processuais e esgotada a via administrativa<sup>75</sup>. Isso implica – lógica, mas não somente – a citação da instauração, a justificação material da necessidade de acesso (fundada suspeita) e a concessão de prazo para impugnação e vistas dos autos.

#### **4.2. A jurisprudência constitucional**

Editada em 2001, a Lei Complementar nº 105/2001 retro apreciada – regulamentadora do sigilo bancário – foi, desde então, constante questionada (em relação aos seus artigos 5º e 6º) quanto à sua constitucionalidade em face dos já referidos incisos X e XII do art. 5º da CF/88, haja vista a tese jurídica de que os supostamente violaria na medida em que autorizaria a derrogação do sigilo de forma direta e geral pelo Fisco, em desconformidade com a reserva de jurisdição por eles assegurada e à própria proporcionalidade da atuação estatal.

Em apertada síntese, cabe esclarecer que referida linha argumentativa obteve inúmeros êxitos junto ao Judiciário, tendo chegado a prevalecer, em 15 de dezembro 2010, no próprio Pleno do STF<sup>76</sup>.

O entendimento então prevalente, conduzido pelo voto do Min. Marco Aurélio<sup>77</sup>, girou em torno da tese de que, sendo os dados bancários espécie do gênero “*dados*” protegido pelo

---

<sup>75</sup> Em igual sentido, a propósito, manifestou-se o STF no julgamento do RE 601.314/SP, conforme será exposto no tópico seguinte deste artigo.

<sup>76</sup> Assim ementado: “*SIGILO DE DADOS – AFASTAMENTO. Conforme disposto no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, a regra é a privacidade quanto à correspondência, às comunicações telegráficas, aos dados e às comunicações, ficando a exceção – a quebra do sigilo – submetida ao crivo de órgão equidistante – o Judiciário – e, mesmo assim, para efeito de investigação criminal ou instrução processual penal. SIGILO DE DADOS BANCÁRIOS – RECEITA FEDERAL. Conflita com a Carta da República norma legal atribuindo à Receita Federal – parte na relação jurídico-tributária – o afastamento do sigilo de dados relativos ao contribuinte.*” (STF. RE 389.808/PR. Relator: Min. Marco Aurélio. Data de Julgamento: 15.12.2010. Tribunal Pleno. Data de Publicação: DJe 10.05.2011. Retirado de <www.stf.jus.br>. Acesso em: 22.fev.2017).

<sup>77</sup> Vide o inteiro teor do voto em questão *in* STF. RE 389.808/PR. Relator: Min. Marco Aurélio. Data de Julgamento: 15.12.2010. Tribunal Pleno. Data de Publicação: DJe 10.05.2011. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em: 22.fev.2017.

inciso XII do art. 5º da CF/88 – e cuja violação (ou “*quebra*”) do sigilo apenas caberia ao Poder Judiciário, em virtude da reserva de jurisdição –, somando-se o fato de que a privacidade é regra e garantia individual maior inclusive em face do Estado, cuja Autoridade Tributária, ademais, é mera parte – dotada de interesse público secundário, de arrecadação – na relação tributária, não caberia, em absoluto, a prerrogativa de acesso direto às informações fiscais dos contribuintes detidas por instituições financeiras.

Em virtude da multiplicidade de demandas em mesmo sentido junto à Corte, contudo, a questão teve sua repercussão geral reconhecida (Tema 225) no âmbito do RE 601.314/SP<sup>78</sup>. No julgamento desse recurso, em 24 de fevereiro de 2016, o STF reviu o posicionamento retro referenciado, fixando, por larga maioria<sup>79</sup>, a tese – diametralmente oposta – de que:

O art. 6º da Lei Complementar 105/01 não ofende o direito ao sigilo bancário, pois realiza a igualdade em relação aos cidadãos, por meio do princípio da capacidade contributiva, bem como estabelece requisitos objetivos e o traslado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal.<sup>80</sup>

No decurso da sessão, durante a leitura dos votos, vieram à baila importantes apontamentos dos Ministros, que dão a tônica da óptica que passou a prevalecer no âmbito da Suprema Corte. O voto conducente do Ministro Relator focou-se no argumento da necessidade de concretização da equidade tributária e da capacidade contributiva (encartadas na Constituição, art. 145, §1º) que, alinhada ao interesse popular por uma justa arrecadação – responsável por financiar a dimensão social do Estado –, justificaria, *in casu*, a flexibilização do direito individual à privacidade. Ainda nesse sentido, destacou a imperatividade do pagamento de tributos, por parte do cidadão, no âmbito de um Estado Fiscal, pelo que, por fim, não seria de todo razoável a invocação de um direito individual como escudo aos deveres declaratórios e contributivos do indivíduo em face da arrecadação em prol da sociedade. Achar-se-ia plenamente atendida, pois, a proporcionalidade da derrogação do sigilo.

O Ministro também apontou que, na seara política, o alinhamento do Brasil a acordos internacionais de transferência de dados fiscais – tais quais o FATCA –, bem como o comprometimento no fórum internacional da transparência, que dependem, última *ratio*, dessa possibilidade de acesso, consubstanciam-se em importantes passos rumo ao alinhamento nacional diante das mais modernas práticas tributárias e cooperativas globais.

---

<sup>78</sup> Inteiro teor *in* STF. RE 601.314/SP. Relator: Min. Edson Fachin. Data de Julgamento: 24.02.2016. Tribunal Pleno. Data de Publicação: DJe 16.09.2016. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em: 22.fev.2017.

<sup>79</sup> Relatoria do Min. Edson Fachin, acompanhada pelos Ministros Dias Toffoli, Roberto Barroso, Teori Zavascki, Rosa Weber, Gilmar Mendes, Carmem Lúcia e Ricardo Lewandowski; vencidos os Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello, que mantiveram o mesmo posicionamento sustentado em 2010, nos autos do RE 389.808/PR.

<sup>80</sup> Trecho da ementa. Vide nota de rodapé 77.

Já o Min. Barroso, por sua vez, avançou ainda mais no argumento, consignando que, no seu entendimento, “a oposição do sigilo bancário à Administração Tributária não tem relação direta com tais garantias constitucionais [art. 5º, XII], conforme se entende nas principais democracias do mundo”<sup>81</sup>. Em seu voto, reforçou a ideia disseminada à escala internacional de que a transparência fiscal é uma medida indispensável ao combate à criminalidade organizada e ao terrorismo, bem como às práticas evasivas e de branqueamento de capitais. Em arremate, acrescentou que a manutenção do entendimento pela inconstitucionalidade do acesso automático da Receita Federal às movimentações bancárias dos contribuintes poderia ter o danoso prejuízo de fazer com que o Brasil visse-se impossibilitado de arcar com seus compromissos internacionais para com a OCDE e o G20, conduzindo à chamada “lista cinzenta” dos países não engajados com a transparência fiscal.

Em mesmo sentido, manifestaram-se os Ministros Dias Toffoli, Teori Zavascki, Rosa Weber, Carmem Lúcia, Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski. Em suas colocações, suscitaram ainda a estranheza da aplicação de um direito de privacidade às pessoas jurídicas e a adequação da derrogação também ao primado da transparência, bem como, ao cabo, chegaram a estabelecer uma distinção entre segredos e intimidades do “ser” e do “ter”<sup>82</sup>.

Não obstante a massiva aderência dos julgadores à constitucionalidade da obtenção automática de informações por parte do Fisco junto às instituições bancárias e similares, assim como da recorrente preocupação dos mesmos com o alinhamento do Brasil às boas práticas internacionais de transparência tributária – dentre as quais a troca de informações –, algumas ressalvas enfatizadas pelos Ministros também merecem atenção.

Uma colocação recorrente em praticamente todos os votos favoráveis à constitucionalidade da Lei Complementar nº 105/2001 – e que surgiu justamente em resposta à tese do Min. Marco Aurélio de que a Receita Federal é parte adversa do pagador de impostos na relação tributária – foi a de que inexistente a dicotomia Fisco *versus* contribuinte, na medida em que, na matéria, prevalecem o interesse público, o dever de pagar tributos, a presunção de boa-fé, lealdade cívica e cooperação com o poder fiscalizador, a transparência e a celeridade. Destarte, na medida em que muito mais imparcial do que outrora considerada, a Autoridade Tributária passa a ser tida não como adversária arrecadadora, mas sim como fiscal controladora; nesse sentido, como restou destacado na própria ementa do acórdão, não seria

---

<sup>81</sup> Trecho do voto. Vide nota de rodapé 77.

<sup>82</sup> Nesse sentido, a privacidade e a intimidade constitucionalmente tuteladas seriam aquelas afetas aos segredos do “ser”, que correspondem à esfera subjetiva de pensamento, manifestação, crença, sexualidade, *et coetera*, dos indivíduos; já a dimensão do “ter”, sobretudo de ordem material ostensiva, não seria legitimamente ocultável diante do Estado Fiscal.

correto falar em uma “quebra” do sigilo bancário em favor de órgão estatal, mas sim em um “*translado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal*”<sup>83</sup>.

Logo, um ponto repetido à exaustão foi o de que a Fiscalidade, uma vez de posse dos dados cedidos pelas instituições financeiras, passa a ser responsável pela manutenção de seu sigilo, a acarretar, objetivamente, que: i) a transmissão dê-se em um ambiente de segurança eletrônico suficiente à manutenção da privacidade; ii) deva ser restrito, em um primeiro momento, o nível de detalhamento analisado; iii) seja preservado o contato e tratamento da informação pelo mínimo possível de servidores; e iv) haja previsão expressa de sancionamento para todo o servidor público que possibilite qualquer vazamento.

Para além, ainda que a conclusão e a ementa não tenham explicitado a questão, foi ponto especificamente discutido durante a votação a imperatividade da prévia realização de processo administrativo – nos termos da Lei nº 9.784/1999 – para acesso aos dados:

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) – [...] sugeriria que se desse interpretação conforme ao art. 6º, conforme a Constituição, sem redução do texto, observadas as garantias constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, nos termos do art. 5º, LV, da Constituição, que estão materializados exatamente no art. 3º, II, da Lei 9.784. Tudo isso sem desconsiderar os postulados da necessidade de fundamentação dos atos administrativos, que consta exatamente no art. 50 desta mesma Lei, e da inafastabilidade da jurisdição. A motivação que consta no art. 50 da Lei Federal 9.784 já vem, de certa maneira, discriminada neste Decreto 3.724.

Então, eu penso que o sigilo não pode ser oponível ao contribuinte, ou seja, no momento em que se abre o processo administrativo, que é condição *sine qua non* para o compartilhamento do sigilo, é preciso que se tomem esses cuidados que estão previstos na própria Lei Federal, à qual fez alusão o eminente Ministro Toffoli.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – Mas, veja, Vossa Excelência: se a Lei Complementar nº 105, no artigo 6º, exige a instauração de processo administrativo, eu concordo plenamente com Vossa Excelência de que estas regras da lei do processo administrativo hão de se aplicar. Eu não teria dificuldade. Podemos explicitar.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) – Mas é preciso dizer isso com todas as letras, já deixar isso claro no processo.<sup>84</sup>

Tal qual se extrai do excerto, portanto, a indispensabilidade do prévio processo administrativo – inclusive com possibilidade de notificação e manifestação do contribuinte – apresentou como de comum acordo para os julgadores.

Conclui-se, pois, que, de um lado, o STF reviu sua anterior posição (de 2010), considerando constitucional a permissão entabulada pela Lei Complementar nº 105/2001 para que o Fisco Federal tenha acesso direto e geral às informações bancárias dos contribuintes; todavia, igualmente ressaltou o Colegiado que esse acesso permanece condicionado a um

---

<sup>83</sup> Trecho da ementa. Vide nota de rodapé 77.

<sup>84</sup> Trecho do acórdão. Vide nota de rodapé 77.



prévio processo administrativo devidamente justificado, bem como implica, em qualquer hipótese, a transmissão do dever de sigilo para a esfera fiscal de tudo o quanto acessado.

## **5. AUTOMATICIDADE DA TROCA DE INFORMAÇÕES: INCOMPATIBILIDADE DO COMPROMISSO INTERNACIONAL COM O QUADRO LEGAL INTERNO**

A apreciação do quadro legal atualmente em vigor na ordem jurídica brasileira em conjunto com a análise das considerações realizadas pelo STF no julgamento do Tema 225 da sistemática da repercussão geral – RE 601.314/SP – permite constatar que, não obstante tenha havido uma mudança significativa do entendimento da Suprema Corte em relação aos acessos sistêmico e incidental da Fazenda às informações bancárias dos contribuintes – com a superação da tradicional tese de que essa derrogação seria prerrogativa do judiciário (a partir da reserva de jurisdição) –, bem como uma percepção da necessidade política e pragmática dessa prerrogativa à eficiência do Fisco, nota-se, por outro lado, que essa construção jurídica dominante estabeleceu um alargamento do dever de sigilo para a Autoridade Tributária.

É imperioso gizar, ainda, que a vasta gama de diplomas que regulam a questão (de forma direta ou indireta) impõe a necessidade de processo administrativo com notificação e possibilidade de manifestação do contribuinte (Lei nº 9.784/1999), seja quando realizado um acesso incidental nos termos do art. 6º da LC nº 105/2001<sup>85</sup>, seja sempre que destinada a informação para intercâmbio internacional (art. 3º, XII, do Decreto nº 3.724/2001).

No que concerne ao sigilo, observa-se que a Convenção sobre Assistência Mútua Administrativa em Matéria Tributária determina que o Estado cedente não se obrigará a nada que viole sua lei interna e terá seus termos de confidencialidade dos dados respeitados pelo país adquirente da informação partilhada, ao mesmo tempo em que assegura ao último a possibilidade de eventualmente torná-los (os dados) públicos no âmbito de audiências ou decisões judiciais, bem como estipula que a confidencialidade ou detenção não serão motivos para supressão da partilha.

Vislumbra-se, com isso, uma situação de efetivo conflito normativo para o Brasil – enquanto cedente –, na medida em que, na qualidade de portador da informação, encontra-se, simultaneamente, em dever de garantir seu sigilo (segundo o STF) e de partilhá-la com um cessionário que sabidamente poderá publicá-la em determinada circunstância (convenção).

---

<sup>85</sup> Não se pode deixar de notar, aqui, que, tanto pelos sucessivos e complexos adendos dos Ministros, tanto pela ausência de questionamento específico do art. 5º da LC nº 105/2001 no bojo da ação, não ficou suficientemente claro – no entender deste autor –, a partir do debate documentado no acórdão, se a necessidade de prévio processo administrativo prevaleceu também para o acesso sistêmico. Na dúvida, entende-se que não, sobretudo porque, como indicado, o dispositivo do julgado sequer menciona o ponto.

Por sua vez, entende-se que também é problemática, do ponto de vista legal, a situação da partilha automática. Isso porque, não obstante esteja prevista pelo art. 6º do Decreto nº 8.842/2016 (convenção) e pelo art. 2º da Instrução Normativa RFB nº 1.680/2016, revela-se comprometida – sobretudo diante das circunstâncias práticas – pela necessidade de um prévio processo administrativo com notificação do contribuinte e sucessiva possibilidade de sua manifestação – conforme assegurado pelo art. 3º, XII, do Decreto nº 3.724, pela Lei nº 9.784/1999 e pela decisão do STF.

Em arremate, cabe sublinhar que o fato de ter sido chancelada pela Corte Suprema a recolha automática e sistêmica de informações pela Fazenda junto às instituições financeiras não implica, necessariamente, em um aval para o compartilhamento simultâneo dessas mesmas informações em favor de autoridades estrangeiras. Apesar de dois Ministros terem-se reportado expressamente a essa possibilidade<sup>86</sup>, a questão não foi apreciada no Tema 225 e tampouco pode ser considerada trivial, porquanto certamente suscitará discussões acerca da contraposição entre a automaticidade (por parte dos acordos) em contraste com o devido processo e a ampla defesa (do contribuinte), bem como do dever de sigilo (por parte do Receita Federal) e a exportação necessária para um jurisdição terceira que, com respaldo em uma própria previsão do tratado, poderá, eventualmente, trazer a lume os dados.

## 6. CONCLUSÕES

De tudo o quanto exposto, considera-se que, mesmo diante da mudança do entendimento jurisprudencial acerca da constitucionalidade da Lei Complementar nº 105/2001 e da realização, por parte do STF – segundo a linha argumentativa construída –, da importância da cooperação internacional para troca de informações fiscais no quadro da transparência global e do combate à criminalidade transfronteiriça, a plena integração do Brasil no âmbito da Convenção sobre Assistência Mútua Administrativa em Matéria Tributária – e seu *Common Reporting Standard* – ainda pode enfrentar algumas dificuldades devido à ausência de um esforço legislativo interno para alteração do quadro jurídico nacional afeto a essa sistemática.

Nessa toada, tal qual asseverado por SCHARLACK (2015. pp. 674-675), considera-se que a plena concretização da transparência fiscal e o compartilhamento automático de informações a nível mundial, no Brasil, dependem necessariamente de uma revisão legislativa dos diplomas pertinentes – sobretudo no que concerne aos termos do sigilo bancário e suas

---

<sup>86</sup> Em seus votos, os Ministros Roberto Barroso e Gilmar Mendes.

possibilidades de derrogação (Lei Complementar nº 105/2001).

Pode-se considerar que a mudança de posicionamento do STF, no sentido de não mais considerar inconstitucional qualquer flexibilização infralegal do sigilo bancário, consubstancia-se em um importantíssimo passo no caminho do alinhamento brasileiro às tendências internacionais das boas práticas tributárias.

Resta ao Congresso Nacional, pois, concretizar os pequenos ajustes finais para que a pauta seja totalmente superada, efetivando de forma robusta a segurança jurídica dos compromissos internacionais firmados pelo Brasil.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

MOSS, Meredith. **Panama papers highlight the urgency**: From FATCA to the OECD CRS. *Journal of Securities Operations & Custody*, v. 8, n. 3, pp. 248-258(11). Henry Stewart Publications: Summer, 2016.

OECD. **Model Convention with respect to taxes on income and on capital**. Paris: OECD Publishing, 2014(a).

OECD. **Standard for automatic exchange of financial account information**. 1ª ed. Paris: OECD Publishing, 2014(b).

SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

SALOMÃO NETO, Eduardo. **O Brasil, a OCDE e o ocaso do sigilo bancário**. Boletim junho de 2015. Disponível em: <<http://www.levysalomao.com.br/files/publicacao/>>. Acesso em: 20.fev.2017.

SCHARLACK, José Rubens. **FATCA and CRS compliance**: Brazil's trend towards automatic exchange of information. *US-China Law Review*, ano 12, pp. 665-675, 2015. Disponível em: <<http://www.davidpublisher.com/>>. Acesso em: 20.fev.2017.

TEIXEIRA, Glória. **Manual de Direito Fiscal**. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2016.

# **O CONTROLE SOCIAL NO LICENCIAMENTO AMBIENTAL – UMA ANÁLISE DO CASO SAMARCO/2015**

## **SOCIAL CONTROL IN ENVIRONMENTAL LICENSING – SAMARCO’S 2015 CASE**

**Gustavo Duarte**<sup>87</sup>

**Matheus Henrique Junqueira de Moraes**<sup>88</sup>

**Samuel Carlos Oliveira Furtado**<sup>89</sup>

### **RESUMO**

Lançando olhos ao desastre ambiental ocorrido em novembro de 2015 no distrito de Bento Rodrigues/MG, o artigo se propõe a debater o licenciamento ambiental das empresas de atividade mineradora, especialmente no que tange ao controle social e participação popular no processo de outorga da licença para exploração mineral. Para tanto, será feita uma análise do licenciamento da SAMARCO, pontuando a participação popular em tal procedimento, perpassando pelas dificuldades no encontro da documentação, em especial devido à grande publicidade do caso e aos possíveis erros que tentaram ser abafados pelas autoridades. Ao final, são sugeridas medidas que podem dar efetividade à participação popular nos processos de licenciamento ambiental.

**PALAVRAS CHAVE:** Licença ambiental. Samarco. Controle social.

### **ABSTRACT**

Looking at the environmental disaster that occurred in November of 2015 in the district of Bento Rodrigues/MG, the article intends to discuss the environmental licensing of mining companies, especially regarding to social control and popular participation in the process of granting the license for mineral exploration. Hence, an analysis of the licensing of SAMARCO will be done, pointing the popular participation in such procedure, going through the difficulties in the documentation research, especially due to the great publicity of the case and the possible errors that the authorities tried to overcome. Finally, it is suggested measures

---

<sup>87</sup> Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Lavras (2018).

<sup>88</sup> Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Lavras (2018).

<sup>89</sup> Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Lavras (2018).

that may give effectiveness to popular participation in the processes of environmental licensing.

**KEYWORDS:** Environmental license. Samarco. Social control.

## 1. INTRODUÇÃO

Desde meados do século XX, a preocupação com o desenvolvimento sustentável tem levado à adoção de medidas de proteção e maior rigor na autorização de atividades que interfiram de forma direta no ambiente. Uma destas medidas é o licenciamento ambiental.

Na lista das atividades econômicas que interferem no ambiente, a mineração é, provavelmente, a mais antiga e consiste na extração de substâncias minerais em jazidas ou depósitos naturais para sua posterior utilização (MPMG JURÍDICO, 2012, p. 6). A mineração nos remete ao período da “Pedra Lascada”, à “Idade do Bronze”, além da grande exploração em terras brasileiras desde a época da colonização até os dias atuais, sobretudo com o ouro, a prata e o minério de ferro.

Todavia, a interferência desmedida ou então não devidamente controlada pode levar a catástrofes inimagináveis. O exemplo mais recente – e que é foco neste trabalho – é o rompimento de duas das três barragens de rejeitos minerais no Município de Mariana, em Minas Gerais, explorada pela mineradora SAMARCO, integrante de uma das maiores mineradoras do Mundo: a Companhia Vale do Rio Doce (MENDONÇA, 2015).

A análise de todos os equívocos jurídicos, estruturais e ambientais que levaram à catástrofe seria demasiadamente profunda. Por isso, preferiu-se focar em um tema bastante questionável no cenário da tragédia: a participação da população na abertura de empreendimentos lesivos ao meio ambiente como forma de controle social da Administração Pública.

Para tanto, pretende-se apresentar resumidamente o procedimento de licenciamento ambiental frente os órgãos públicos e, principalmente, como é a participação e o controle popular em tais licenças, visto que a população é a destinatária direta dos danos decorrentes de tragédias dessa ordem, tal como a de Mariana.

A seguir, será feita uma análise do licenciamento da SAMARCO e a participação popular em tal procedimento, perpassando pelas dificuldades no encontro da documentação, em especial devido à grande publicidade do caso e os possíveis erros que tentaram ser abafados pelas autoridades.

Por fim, pretende-se atribuir sugestões de melhor efetividade da participação popular nos processos de licenciamento ambiental, visto que a coletividade pode contribuir e muito para um aproveitamento sustentável do meio ambiente, que será possível quando o lucro

deixar de ser visto como a única meta pelos empreendedores e pela maioria das autoridades constituídas.

## **2. O LICENCIAMENTO AMBIENTAL**

O licenciamento ambiental consiste no “procedimento administrativo destinado a licenciar atividades ou empreendimentos utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental” (art. 2º, I, da LC 140/2011).

A questão é complexa: um ente – seja ele particular, público ou iniciativa privada com subvenções públicas – interferirá diretamente em um patrimônio que é de todos os cidadãos, para obtenção de lucros. Desse modo, é fundamental que o Estado exerça uma fiscalização prévia, para que não haja prejuízos e danos ao bem que cabe a ele e à sociedade proteger.

Nestes termos, dispõe o art. 225 da CF/88:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

(...)

**IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;** (Grifo nosso)

Além da Constituição, o Licenciamento também encontra fundamento na Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/81 – PNMA) e pela sua regulamentação no Decreto 99.274/90, além da Lei Complementar 140/2011, do Código de Mineração (Decreto-Lei 227/67) e de disposições específicas para cada atividade econômica. Em Minas Gerais, também merece destaque a promulgação da Lei 21.972/16, já após o acontecido em Mariana.

Devido à complexidade do tema e a abrangência do presente trabalho, será apresentado brevemente o processo de licenciamento ambiental para atividades mineradoras, que é a desenvolvida pela Samarco em Bento Rodrigues/MG.

### **2.1. Licenciamento ambiental da mineração**

O licenciamento é um dos instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente (art. 9º, IV, PNMA).

Por ser um procedimento administrativo, deve respeitar disposições normativas

anteriores e que dispõem de requisitos objetivos, visto que é um ato vinculado. Com isso, verifica-se a importância da burocracia no licenciamento ambiental, evitando decisões meramente políticas e/ou econômicas que favoreceriam Governos, Agentes Públicos e Políticos e também grandes empreendimentos<sup>90</sup>.

Em regra o procedimento engloba três etapas: a Licença Prévia (LP), a Licença de Instalação (LI) e a Licença de Operação (LO) (MPMG JURÍDICO, 2012, p. 27 - 28). A licença prévia é provisória, para que se realizem os estudos para a implementação da atividade; a de instalação autoriza a implementação do empreendimento ou atividade; e, por fim, haverá a licença para operação, que será concedida a partir dos resultados das licenças anteriores, devendo as medidas de compensação ambiental serem devidamente adotadas.

A mineração constitui um bem da União (art. 20, IX, da CF/88) e, por isso, possui algumas particularidades. Para se iniciar uma atividade de mineração, o empreendedor deve realizar o Estudo de Impacto Ambiental (EIA) e o Relatório de Impacto Ambiental (RIMA) e apresentá-los ao Departamento Nacional de Pesquisa Mineral (DNPM), que autorizará a Prospecção Mineral. Ou seja, a realização de pesquisas se ali realmente há minérios e as possibilidades de sua extração, e conseguirá, no caso de Minas Gerais, pela Secretaria de Estado de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável (Semad), a Licença Prévia (BRASIL, 2011).

Em seguida, será apresentado ao DNPM o Relatório da Pesquisa Mineral e também o Plano de Aproveitamento Econômico (PAE), que conterà todas as medidas que deverão ser tomadas em relação às mudanças que acontecerão com a instalação do empreendimento. Após, será concedida a Licença de Instalação, também pela Semad.

Por fim, haverá a fase de operação da mina, em que haverá a Licença de Operação e também a devida fiscalização, tanto pela Semad, quanto pelo Ibama, Polícia Ambiental e outros órgãos ambientais, além de toda sociedade. Todavia, dentre as falhas nesse procedimento, está a precária participação popular<sup>91</sup>.

---

<sup>90</sup> A Burocracia é um Modelo de Administração Pública que visa combater o patrimonialismo, no qual bens públicos e particulares se confundiam. O modelo burocrático provém dos ensinamentos da racionalidade Weberiana, na qual os atos devem ser previstos em diretrizes pensadas racionalmente e já estabelecidas antes da sua realização. Com isso, no caso dos licenciamentos ambientais, o Estado não pode (ou não poderia) permitir que atividades econômicas lesem o meio ambiente por critérios políticos ou irracionais, já que existem padrões que devem ser preenchidos e só assim será concedida a autorização. PALUDO, Augustinho. **Administração Pública**. 3 Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p.58-67.

<sup>91</sup> Para maiores informações acerca do procedimento de mineração: MPMG Jurídico. **Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**. Edição Especial: Guia Técnico de Mineração. Belo Horizonte: Fundação Alexander Brandt, 2012. e MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. **Manual de Normas e Procedimentos para Licenciamento Ambiental no Setor de Extração Mineral** [online]. Brasília: 2011. Disponível em: <[http://www.mma.gov.br/estruturas/sqa\\_pnla/arquivos/MANUAL\\_mineracao.pdf](http://www.mma.gov.br/estruturas/sqa_pnla/arquivos/MANUAL_mineracao.pdf)> Acesso em

### 3. O CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A PARTICIPAÇÃO POPULAR NO LICENCIAMENTO AMBIENTAL

Conforme exposto, o licenciamento ambiental é um procedimento administrativo realizado por órgãos do Poder Estatal e, por isso, está submetido ao Controle da Administração Pública.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro,

Pode-se definir o Controle da Administração Pública como o poder de fiscalização e correção que sobre ela exercem os órgãos dos Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo, com o objetivo de garantir a conformidade de sua atuação com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico (DI PIETRO, 2015, p. 879).

As formas de Controle estão profundamente relacionadas com o Modelo de Administração Pública adotado, sobretudo no que tange ao controle social, que é o exercido pelos cidadãos, pelos verdadeiros titulares do poder, que apenas elegem representantes para administrar os bens públicos<sup>92</sup>.

A partir de 1988, a Administração Pública passa a ter que levar em conta, de modo realmente efetivo, as questões ambientais na tomada de decisões, visto que todos os cidadãos passam a estar fiscalizando as licenças, evitando assim as concessões baseadas em interesses políticos ou econômicos.

Patrick de Araújo Ayala, a partir de Joaquim José Gomes Canotilho, argumenta que o Estado Democrático de Ambiente deve levar à uma abertura do Estado, com todos os cidadãos tendo acesso a informações relativas às decisões ambientais e, mais do que isso, devendo participar dessas decisões, dentre os quais se enquadram o procedimento de licenciamento ambiental. Nessa mesma direção, afirma que a tutela do ambiente não pode ser uma função estatal, mas de todos, visando atingir à democracia (AYALA, 2011, p. 47 – 49).

Havendo o controle social, a Administração Pública realmente cumprirá seu papel que é, como o nome demonstra, a administração da coisa pública e não a usurpação do seu

---

04 dez. 2016.

<sup>92</sup> No patrimonialismo, nem se questiona formas de controle porque os bens particulares e públicos e todas as decisões tomadas pelo “Grande Pai” são inquestionáveis; na burocracia, conforme já relatado na explicação do licenciamento, o controle é prévio, principalmente na lei, só que é restrito aos conhecedores da administração, de modo que o povo poucas vezes consegue compreender o que se passa, exercendo uma fiscalização muito singela. Por fim, a transparência do gerencialismo já leva a uma posição de controle, agora após a realização do ato, pelos meios administrativos e judiciais, pois a publicidade das decisões permitem que sejam questionadas. Todavia, há vários problemas no controle neste último modelo, ligados aos resquícios de linguagens técnicas e tentativas de evitar a chegada dos “controladores” até os atos. Para mais detalhes: PALUDO, Augustinho. **Administração Pública**. 3 Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.



objetivo, que leva em consideração nas decisões os interesses particulares e o lucro a qualquer custo.

Outro argumento acerca da importância do controle popular é o da inibição da degradação do ambiente que vem do próprio Estado. Muito se fala da atividade econômica dos particulares e o Estado atuando como partícipe aprovando projetos de intervenção ou deixando de fiscalizar. Contudo, muitas vezes, o Estado empreende obras sob a justificativa do “interesse público”, a custa da sustentabilidade do meio ambiente. Uma contradição que, apesar de absurda, por vezes acontece (BENJAMIN, 2012, p. 141 – 143).

Nesse mesmo sentido, afirma Patrick de Araújo Ayala:

Logo, é possível extrair da norma reconhecidora da tutela ambiental, como valor essencial da sociedade, um potencial poder processual de participar do processo decisório administrativo ou ingressar em juízo em favor próprio ou de outros beneficiários.

Isso porque os direitos e obrigações constitucionais só tem sentido na medida em que podem ser implementados e usados. **Sem a possibilidade de questionamento coletivo, administrativo e judicial, dos comportamentos degradadores de terceiros, qualquer garantia dada ao cidadão estará gravada com o símbolo da infecundidade e ineficácia do discurso jurídico.** (grifo nosso) (AYALA, 2011, p. 49).

Ao relatar a ineficácia do discurso jurídico, o autor supracitado se refere a um problema que muitas vezes acontece no controle social, sobretudo nos de licenciamento ambiental, que é a camuflagem da participação social, de modo que esta aconteça apenas formalmente, como uma etapa burocrática a ser cumprida.

### 3.1. O EIA e o RIMA

Segundo Edis Milaré,

O objetivo central do Estudo de Impacto Ambiental é simples: evitar que um projeto (obra ou atividade), justificável sob o prisma econômico ou em relação aos interesses imediatos de seu proponente, revele-se posteriormente nefasto ou catastrófico para o meio ambiente. Valoriza-se, na plenitude, a vocação essencialmente preventiva do Direito Ambiental, expressa no conhecido apotegma: é melhor prevenir do que remediar (MILARÉ, 2011, p. 200).

Assim, ao se instalar uma atividade econômica que lese o “bem comum de todos”, faz-

se necessário o Estudo de Impacto Ambiental, permitindo assim que a intervenção no meio ambiente não ocorra de maneira desmedida ou sem qualquer limitação. A relação com o princípio da prevenção é inquestionável<sup>93</sup>.

Confundir o EIA com o RIMA é algo comum, sobretudo para leigos. Em breves palavras, o primeiro consiste em uma abordagem mais técnica, abrangendo todo contexto do ambiente, de modo a permitir (ou não) a viabilidade da instalação daquele empreendimento naquele local. Por sua vez, o relatório são os resultados obtidos pelo estudo, devendo estar a disposição de todos os cidadãos, principalmente os que serão afetados com a instalação do projeto (MILARÉ, 2011, p. 494 - 497).

Durante a realização do EIA, uma das etapas fundamentais é a realização das audiências públicas, que permitem escutar a população da região que terá sua vida totalmente modificada com a implementação do projeto.

Tal previsão da participação popular se encontra no Princípio 10 da Declaração do Rio, firmado pela grande maioria das nações em 1992, durante a Conferência RIO-92:

A melhor maneira de tratar as questões ambientais é **assegurar a participação, no nível apropriado, de todos os cidadãos interessados**. No nível nacional, cada indivíduo terá acesso adequado às informações relativas ao meio ambiente de que disponham as autoridades públicas, inclusive informações acerca de materiais e atividades perigosas em suas comunidades, bem como a **oportunidade de participar dos processos decisórios**. Os Estados irão facilitar e estimular a conscientização e a participação popular, colocando as informações à disposição de todos. Será proporcionado o acesso efetivo a mecanismos judiciais e administrativos, inclusive no que se refere à compensação e reparação de danos (ONU, 1992, p. 2).

Não resta dúvida acerca da importância e da necessidade de se ouvir a população na tomada de decisões acerca de processos decisórios, visto que são esses cidadãos que sofrerão diretamente os impactos favoráveis e desfavoráveis decorrentes daquela atividade.

A participação popular nos processos de licenciamento ambiental acontece dentro do EIA e por meio de audiências públicas, que são obrigatórias para concessão de licenças e são

---

<sup>93</sup> O princípio se relaciona com o dever atribuído à sociedade e ao Estado de proteger o ambiente, dentre outras maneiras, por meio da prevenção de atitudes depredadoras ou que possam levar a sua destruição. Patrick Ayala, no livro **Devido processo ambiental e o direito fundamental ao meio ambiente** aponta que esta também é uma nova função do Estado, garantindo a segurança e direcionando sua atuação para o futuro, permitindo que a sociedade sobreviva nos tempos atuais e também que se previna para que tragédias não destruam a vida no globo.

reguladas pela Resolução 09/87 do CONAMA (Conselho Nacional do Meio Ambiente), em âmbito nacional, e pela Deliberação 12/94 do COPAM (Conselho de proteção do Meio Ambiente de Minas Gerais), em esfera estadual.

Entretanto, ao invés de ser a solução e o canal de participação da sociedade na tomada de decisões, as audiências públicas muitas vezes são realizadas com pouca ou nenhuma divulgação. Ou então, elas acontecem de modo totalmente incoerente com a situação dos membros da sociedade que ali participam, com emprego de vocabulário demasiadamente técnico.

Aliado a isso, os relatórios ambientais, que deveriam estar à disposição de qualquer cidadão, por vezes são ocultados ou elaborados com diretrizes que inibem qualquer fiscalização por parte da sociedade. Assim fica fácil realizar uma etapa do procedimento e depois disponibilizar para os cidadãos, que pouco entenderão e presumirão que está tudo correto e verdadeiro, já que os atos administrativos possuem presunção de veracidade (DI PIETRO, 2015, p. 241).

Por fim, há que se ressaltar a falta de interesse da própria população em participar de tais medidas, notadamente pela descrença em contradizer os grandes empreendedores e também por acreditarem em ilusões e propostas de emprego e melhoria de vida que são apresentadas no momento da implementação de um grande projeto.

#### **4. O LICENCIAMENTO AMBIENTAL DA SAMARCO**

No intento de exemplificar como se dá o controle popular da administração nos processos de licenciamento ambiental, utiliza-se, aqui, de um caso bastante emblemático, qual seja o desastre ambiental ocorrido em 05 de novembro de 2015, no distrito da cidade mineira de Mariana, Bento Rodrigues.

Na ocasião, uma das barragens da mineradora Samarco em Bento Rodrigues, a barragem de Fundão, se rompeu, despejando mais de 60 milhões de metros cúbicos de rejeitos de mineração sob o rio Doce, afetando não só a comunidade local, ora soterrada pelo mar de lama, mas todo o ecossistema deste que é um dos mais importantes rios brasileiros, desde o local do desastre, em Minas Gerais, até à foz do rio Doce no Espírito Santo. Também o litoral baiano foi afetado pela lama de rejeitos (MANSUR, 2016).

Após o desastre, diversas frentes investigativas foram lançadas, dirigidos principalmente pela Polícia Federal, pelo Ministério Público Federal e pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Em face da extensão do dano ambiental, social e histórico cultural causado pelo desastre, as operações deveriam ser rápidas, a fim de identificar as possíveis causas do desastre, a fim de que fossem responsabilizados, civil, penal e administrativamente,

os agentes, que devem reparar, o quanto antes e da melhor forma possível, esse que foi o maior desastre ambiental do Brasil (LOBATO, 2015).

Durante os mais diversos procedimentos investigativos verificou-se que inúmeras foram as falhas que causaram o desastre. Além da negligência da mineradora em relação às condições e capacidade das barragens (BARRAGEM, 2016), o processo de licenciamento ambiental de uma das barragens da mineradora estava irregular, qual seja a barragem de Santarém (CHEREM, 2015), barragem esta que recebeu a lama advinda de Fundão, tendo a crista danificada, causando o transbordo.

Ainda, as investigações do Ministério Público de Minas Gerais apontam para o fato de que a licença ambiental prévia concedida no ano de 2007 pelo Estado de Minas Gerais à Samarco para a construção da barragem de Fundão foi irregular, visto que a mineradora não apresentou um documento importante exigido nessa etapa: o projeto executivo, documento previsto com todos os detalhes técnicos sobre a construção da barragem (MP APONTA, 2016).

Corroborando essa informação o fato de que laudos técnicos de auditoria da barragem de Fundão demonstraram, por três anos seguidos, que esta não atendia aos padrões ideais de estabilidade da estrutura de rejeitos, principalmente no que tange ao escoamento da água retida na barragem (HERDY, 2016).

Diante desse cenário, muitos são os questionamentos que pairam no ar. Além das incertezas quanto à extensão dos danos, quem são os responsáveis, e quais as medidas cabíveis de responsabilização? Por que a licença ambiental foi concedida irregularmente? E as inspeções obrigatórias, foram feitas? Com relatórios em mãos que comprovavam o alto risco do funcionamento da barragem de fundão, qual foi a postura do órgão competente? E por fim, não menos importante: qual a responsabilidade da sociedade perante tal ocorrido? Onde esteve a sociedade que não procedeu ao devido controle da administração pública? E agora, como ela se posiciona e atua?

#### **4.1. O processo de licenciamento ambiental em Minas Gerais e a participação popular.**

Para responder alguns das questões acima dispostas, especificamente aquelas que dizem respeito à participação e controle popular da administração pública, especialmente no que tange a concessão de licenças ambientais, é necessário identificar quais espaços institucionais estão abertos à atuação mais próxima e efetiva da sociedade civil.

A competência para a concessão de licenças ambientais no Estado de Minas Gerais é dividida entre a Secretaria de Estado de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável de Minas Gerais (Semad) e o Conselho Estadual de Política Ambiental (Copam), nos termos da

lei 21.972/16, que instituiu diversas mudanças no processo de licenciamento ambiental.

A par das críticas à nova legislação (PL QUE FLEXIBILIZA, 2015) é necessário ressaltar que conforme a legislação vigente à época, a concessão de licença ambiental à Samarco cabia ao Copam, que continua competente para decidir quanto à aprovação de atividades de alto risco poluidor. Desta feita, foca-se aqui na atuação e composição deste órgão.

O Copam é um órgão normativo, colegiado, consultivo e deliberativo (MINAS GERAIS, 2016), subordinado à Semad, e tem por finalidade deliberar sobre as diretrizes estaduais de conservação do meio ambiente e dos recursos ambientais, bem como sobre a aplicação correta da legislação de proteção ambiental.

Estruturado enquanto conselho, o Copam é composto por diversas entidades e associações, que, em tese, representam a pluralidade de pensamentos e interesses da sociedade. Idealmente, então, a composição plenária do Copam é um espaço institucionalizado que garante a participação e o controle popular nos/dos atos que dizem respeito à gestão do meio ambiente estadual.

Todavia, ao se lançar olhos à composição plenária do Copam (MINAS GERAIS, 2015), verifica-se que não é bem assim que ocorre. Das instituições da sociedade civil que compõe o conselho apenas algumas poucas vozes são dissonantes à histórica postura depredatória do meio ambiente. Ademais, não há previsão de participação de cidadãos que não sejam ligados a entidades e organizações.

Sendo assim, apesar de se basear na gestão democrática do meio ambiente e dos recursos minerais, o Copam não cumpre estritamente com esse valor, não deixando de ser mais um espaço onde o controle popular da administração pública acontece formalmente, sem ser um espaço de atuação efetiva da população.

Por outro lado, um ponto importante de se pensar é a histórica omissão da população em se envolver mais de perto da vivência política, exercendo efetivamente o seu papel de cidadão.

Conforme relatado pelo MPMG, foram identificadas falhas no processo de concessão da licença prévia. Como dito em tópico anterior, é justamente nessa etapa que acontecem as audiências públicas, para exposição e debate sobre o EIA e o RIMA. Sendo assim, questiona-se: Quantas são as pessoas que, preocupadas com as atividades mineradoras naquela localidade, acompanharam e participaram das audiências públicas prévias a implantação da mineradora em Bento Rodrigues?

Se por um lado o Estado peca em não proceder ao incentivo da participação popular, por

outro é a própria população também responsável por não se posicionar, por fazer-se inerte frente a situações que podem causar danos irreparáveis ao patrimônio ambiental e histórico-cultural do estado.

#### **4.2. Ocultando os rastros: o Estado nota 10 em transparência e a (in)viabilidade do controle popular no desastre em Bento Rodrigues.**

Questão nevrálgica à temática do controle popular da administração pública, a transparência nos atos e ações administrativas e o acesso a informações oficiais é um dos pontos mais obscuros quando se trata do processo de licenciamento ambiental em Minas Gerais, o que fere objetivamente o princípio da publicidade, disposto no art. 37 CF/88 e regulamentado pela lei federal 12.527/11, a lei de acesso a informação.

Paradoxalmente, a Controladoria Geral da União divulgou dias após o desastre em Bento Rodrigues a segunda edição da Escala Brasil Transparente (COUTINHO, 2015), no qual o Estado de Minas Gerais aparece com a nota 10, no que tange a regulamentação da lei de acesso a informação<sup>94</sup>.

Entretanto, basta um rápido acesso ao sítio eletrônico da Semad, órgão hierarquicamente superior ao Copam, para se verificar que não se encontra nenhuma funcionalidade que direcione o cidadão a um banco de dados que contenha documentos pertinentes as licenças ambientais em Minas Gerais. Sequer o RIMA dos empreendimentos de exploração ambiental, tais como a mineração, são disponibilizados no site da Semad.

Pontua-se que, efetuando pesquisa na plataforma Google, é possível encontrar apenas documentos esparsos<sup>95</sup> que, em tese, são referentes às barragens da Samarco em Bento Rodrigues. Ocorre que sem a devida verificação de sua oficialidade e de sua relação com o procedimento de licenciamento ambiental, se tornam um tanto irrelevantes e não ajudam o cidadão que busca por informações.

Nesse sentido, é certo dizer que tais fatos são um patente obstáculo ao exercício da cidadania e do controle popular da administração pública.

### **5. CONSIDERAÇÕES FINAIS: FORMAS DE TORNAR EFETIVO O INTERESSE E A PARTICIPAÇÃO POPULAR**

Os obstáculos à efetivação da participação popular estão indubitavelmente visíveis no caso em tela. Aos olhares mais críticos ficou clara a revolta e comoção social posterior ao

---

<sup>94</sup> O relatório pode ser acessado através do link: <[http://relatorios.cgu.gov.br/Visualizador.aspx?id\\_relatorio=9](http://relatorios.cgu.gov.br/Visualizador.aspx?id_relatorio=9)>.

<sup>95</sup> Os documentos a que se referem podem ser encontrados nos links que seguem, com exceção do último: <<http://www.semاد.mg.gov.br/images/stories/Robson/Vehas2010/11.1-samarco-mineracao-pu.pdf>>; <[http://www.meioambiente.mg.gov.br/images/stories/URCS\\_SupramCentral/RioVelhas/84/parecer-vista-samarco.pdf](http://www.meioambiente.mg.gov.br/images/stories/URCS_SupramCentral/RioVelhas/84/parecer-vista-samarco.pdf)> e <[http://giaia.eco.br/wp-content/uploads/2015/11/PARECER-UNICO-N%C2%BA-262-2013.-PROTOCOLO-1782789-2013\\_Samarco.pdf](http://giaia.eco.br/wp-content/uploads/2015/11/PARECER-UNICO-N%C2%BA-262-2013.-PROTOCOLO-1782789-2013_Samarco.pdf)>. A busca e acesso aos documentos foi efetuada em 01 fev. 2017.

rompimento das barragens - e conseqüente aniquilação do ecossistema do Rio Doce -; ao passo que, preteritamente ao acontecimento, pouco ou nada se escutava sobre as irregularidades no processo de licenciamento. Isso, embora os fatos tenham sido caracterizados como uma “tragédia já anunciada” (WOOD JR., 2015).

De fato, a maneira como se tem deliberado nos órgãos colegiados, a exemplo do Copam, e a tecnicidade do processo de licenciamento ambiental colaboram para o afastamento da população no controle prévio da Administração Pública quando o assunto é meio ambiente, ainda que não apenas neste. A “crise da lei”, trabalhada por António Hespanha, se materializa até o notável ponto de desinteresse dos administrados em relação às decisões tomadas pelos agentes de deliberação em sentido estrito<sup>96</sup>.

Sobre esta crise, Hespanha escreveu que há quem vê na “crise da legalidade” um tipo de manifestação dos “limites de eficiência” do *Welfare State*. Para o autor,

A intervenção política de regular a sociedade a partir do Estado teria levado a que este fosse obrigado a alargar enormemente sua acção, nomeadamente no domínio das relações sociais e económicas. E, em contrapartida, o desejo de garantir os direitos individuais contra os abusos desta intervenção, teria obrigado a pôr de pé uma série correspondente de mecanismos de controlo. Ora os modelos disponíveis de acção do Estado, bem como os do seu controlo, eram os do oitocentista Estado de Direito: a vontade estadual de agir devia estar expressa pela lei, o mecanismo de acção do Estado devia ser o “due process” estabelecido na lei, aos interesses particulares a proteger deviam corresponder direitos tutelados por lei. A lei acabava por estar no princípio e no fim de toda a acção política, quer ela fosse iniciada pelo Estado, quer pelos cidadãos (HESPANHA, 1993, p. 11 – 12).

No campo das obviedades está a legalidade como princípio basilar do Direito Administrativo, o que torna este ramo jurídico especialmente exposto e vulnerável à “crise da lei”. Nesse sentido, há quem defenda como solução à referida crise “o retorno à economia liberal e a substituição da lei pela ‘mão invisível’ do mercado” (HESPANHA, 1993, p. 12). De modo categórico, pode-se afirmar que esse não seria o remédio adequado ao problema específico que neste texto tem sido exposto; qual seja, o desinteresse da população no controle prévio das decisões a serem tomadas pela Administração Pública. Isso porque, como já

---

<sup>96</sup> Entende-se, aqui, que deliberação é todo o processo democrático de discussão e aperfeiçoamento das tomadas de decisão e não tão somente a própria tomada de decisão (conceituada, por nós, como deliberação em sentido estrito). Isso é corroborado por Avritzer em: AVRITZER, Leonardo. Teoria Democrática e Deliberação Pública. In: **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, São Paulo, n. 50, p. 25-46, 2000. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n50/a03n50.pdf>>. Acesso em: 07 mar. 2016.

exposto, a própria interferência do mercado nos espaços de tomadas de decisões – a exemplo da elaboração do EIA – é um desincentivo à participação da população nestes lócus.

O que ocorre é que em meio a tecnicismos, argumentos de autoridade, manipulação midiática e a própria lei, os cidadãos sentem-se contraproducentes no processo deliberativo de proteção ao meio ambiente. Ora, se mesmo os povos indígenas tradicionais – que vivem e costumam exortar a natureza – são pouco escutados<sup>97</sup> nas decisões governamentais relacionados ao tema ambiental, imaginemos um “cidadão comum” pouco experiente no assunto. Aliás, tentemos imaginar que este cidadão fosse um morador da cidade de Mariana, interessado, embora desconhecedor do assunto, em saber sobre os possíveis impactos que as barragens da Samarco poderiam causar em seu lar. Provavelmente, este exercício de reflexão levaria a uma conclusão não alinhada aos .

### **5.1. Algumas propostas, singelas, mas necessárias.**

É nessa toada que há que se fazer algumas propostas de soluções para uma maior atratividade da participação social nos ambientes de construção de decisões ambientais.

Primeiramente, “as ONGs podem servir de alternativas a instituições democráticas frágeis ou inadequadas, de caminhos para diálogos mais inclusivos e de difusores de informações sobre atividades e questões pertinentes ao sistema internacional” (GEMMIL, BAMIDELE-IZU, 2005, p. 99) e, obviamente, ambiental. Essa proposta assenta-se em bases paradigmáticas muito simples: uma ONG, geralmente, agrega mais poder político e oportunidade de expressão vinculativa quando comparada a um particular individualmente. Afinal, “as ONGs e outros grupos da sociedade civil não são apenas atores na governança, mas também a força propulsora que impulsiona” (GEMMIL, BAMIDELE-IZU, 2005, p. 99).

Em segundo ponto, é fundamental que as audiências públicas nos processos de licenciamento ambiental adotem outro formato, mais inclusivo e acessível. Por exemplo, que se tome um tom mais claro durante as reuniões, desraigado, o quanto possível, de tecnicismos e argumentos de autoridade. Ademais, a disponibilização prévia dos documentos a serem debatidos é elemento motivador da participação social nestes ambientes de deliberação.

A terceira proposta assenta-se no Decreto 8.243/2014, que implementa a Política Nacional de Participação Popular, existente no contexto de permitir uma maior participação da sociedade nas decisões da Administração Pública e também no exercício dos atos. Recheado de polêmicas na sua publicação e aprovação pelo Congresso Brasileiro, a intenção de permitir maior acesso das camadas populares ao centro das decisões é visto como

---

<sup>97</sup> Vide toda a história envolvendo a aprovação do Código Florestal ou mesmo da construção da Usina de Belo Monte.



introdução ao “Direito Bolivariano”, com traços comunistas.

Todavia, a dificuldade na pertinência deste Projeto de participação social é a mesma que impede que a sociedade participe efetivamente no controle do licenciamento ambiental: os interesses dos detentores do poder (SÍGOLO, MASCARENHAS, 2012). Tomar decisões democráticas é algo complexo, que demanda tempo e que afronta diretamente os interesses econômicos dos empreendedores. Ao permitir que os ribeirinhos, as populações tradicionais e todos aqueles que sofrem com o projeto opinem e ajudem na decisão de implementação, as chances de recusa são maiores, ou, pelo menos, é muito mais difícil conseguir a aprovação das pautas.

Por fim, como proposta mais relevante apresenta-se, aqui, a transparência como ferramenta essencial para tornar mais efetivo o interesse e a participação popular no controle (principalmente prévio) da Administração Pública em relação aos processos de licenciamento ambiental. É possível afirmar que a “crise da lei”, de Hespanha, de fato existe e é um obstáculo para esses intentos. No entanto, afastar a legalidade e o legalismo, por estarem no âmago de uma crise, dos procedimentos de participação popular não é a solução. Não é, essencialmente, o excesso de legalidade, mas sim a falta de transparência, que tornam os processos de licenciamento ambiental restritos a pequenos grupos “detentores do poder e do conhecimento necessário para tanto”.

É nessa medida que este texto sintetiza uma sociedade, embora aparentemente utópica, incentivadora de uma população ativa e participativa no controle social, especialmente quando se fala de licenciamento ambiental, que é prévio aos possíveis danos que ocorrem. Esta sociedade se pautaria: em grupos organizados, como ONGs, realizando essa inclusão da sociedade civil nos lócus deliberativos; na fomentação de audiências públicas que privilegiem a inclusão de pessoas leigas nos processos de decisão; na aprovação de leis (ainda que em um sistema de “crise da lei”) que garantam formas de participação social; e, finalmente, na transparência durante os processos de construção das decisões.

Ressalta-se que propor educação de qualidade que ensine cidadania e luta, efetivação e controle da aplicação por/de direitos pelos administrados, desde aos indivíduos mais novos até aos mais velhos, pode ser interpretado como “clichê”, mas é uma obviedade que necessita ser materializar. Será, assim, a partir desse conjunto de ações que se poderá ver um controle social efetivo no licenciamento ambiental.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

AVRITZER, Leonardo. Teoria Democrática e Deliberação Pública. In: **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, São Paulo, n. 50, p. 25-46, 2000. Disponível em:

<<http://www.scielo.br/pdf/ln/n50/a03n50.pdf>>. Acesso em: 07 mar. 2017.

AYALA, Patrick de Araújo. **Devido processo ambiental e o direito fundamental ao meio ambiente**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BARRAGEM tinha mais lama que o informado por Samarco, diz projetista. 2016. In **G1**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/minas-gerais/desastre-ambiental-em-mariana/noticia/2016/01/barragem-tinha-mais-lama-que-o-informado-por-samarco-diz-projetista.html>>. Acesso em 25 fev. 2017.

BENJAMIN, Antônio Herman. **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. In CANOTILHO, Joaquim José Gomes; LEITE, José Rubens Morato (org.). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. 5 Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **Manual de Normas e Procedimentos para Licenciamento Ambiental no Setor de Extração Mineral** [online]. Brasília: 2011. Disponível em: <[http://www.mma.gov.br/estruturas/sqa\\_pnla/arquivos/MANUAL\\_mineracao.pdf](http://www.mma.gov.br/estruturas/sqa_pnla/arquivos/MANUAL_mineracao.pdf)> Acesso em 04 dez. 2016.

BRASIL. Portal do Planalto – Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Planalto. Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em 23 de mar. 2017.

BRASIL. Portal do Planalto – Presidência da República. Leis. **Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981: dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6938compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938compilada.htm)>. Acesso em 21 fev. 2017.

CHEREM, Carlos Eduardo. Licença de 2ª barragem em MG que ruiu estava vencida havia mais de 2 anos. 2015. In **UOL**. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2015/11/11/licenca-de-2-barragem-em-mg-que-ruiu-estava-vencida-havia-mais-de-2-anos.htm>>. Acesso em 25 fev. 2017.

COUTINHO, Mateus. Controladoria-Geral da União divulga a segunda etapa edição da Escala Brasil Transparente, confira na íntegra. 2015. In **Estadão**. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/veja-o-ranking-dos-estados-e-cidades-mais-transparentes-do-brasil/>>. Acesso em 05 mar 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 28 Ed. São Paulo: Atlas, 2015

GEMMIL, Barbara; BAMIDELE-IZU, Abimbola. O papel das ONGs e da sociedade civil na governança ambiental global. In: ESTY, Daniel C.; IVANOVA, Maria H (orgs.). **Governança ambiental /global: opções e oportunidades**. Tradução de Assef Nagib Kfourri. São Paulo: Editora Senac São Paulo, 2005. p 89-113.

HERDY, Thiago. Laudos apontam falhas em barragem da Samarco nos últimos 3 anos. 2016. In **O Globo**. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/brasil/laudos-apontam-falhas-em-barragem-da-samarco-nos-ultimos-3-anos-18196478>>. Acesso em 28 fev. 2017.

HESPANHA, António Manuel. Lei e Justiça: História e Prospectiva de um Paradigma. In: HESPANHA, António Manuel. **Justiça e Litigiosidade: História e Prospectiva**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993. p. 7-50.

IBAMA. **Processo de Licenciamento Ambiental.** Disponível em: <<http://www.ibama.gov.br/licenciamento-ambiental/processo-de-licenciamento>> Acesso em 03 fev. 2017.

LOBATO, Paulo Henrique. Rio Doce é o retrato da maior tragédia ambiental do Brasil. 2015. In **Estado de Minas.** Disponível em: <[http://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2015/11/22/interna\\_gerais,710391/rio-doce-e-o-retrato-da-maior-tragedia-ambiental-do-brasil.shtml](http://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2015/11/22/interna_gerais,710391/rio-doce-e-o-retrato-da-maior-tragedia-ambiental-do-brasil.shtml)>. Acesso em 21 fev. 2017.

MANSUR, Rafaela. Lama de barragem chega ao litoral sul da Bahia. 2016. In **O tempo.** Disponível em: <<http://www.otempo.com.br/cidades/lama-de-barragem-chega-ao-litoral-sul-da-bahia-1.1208207>>. Acesso em 20 fev. 2016.

MENDONÇA, Heloísa. Barragem se rompe em Minas e deixa mortos e dezenas de desaparecidos. 2015. In **El País.** Disponível em: <[http://brasil.elpais.com/brasil/2015/11/05/politica/1446760230\\_611130.html](http://brasil.elpais.com/brasil/2015/11/05/politica/1446760230_611130.html)>. Acesso em 20 fev. 2017.

MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente: a gestão ambiental em foco.** 7 ed. Rev, Atual. e reform. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 200.

MINAS GERAIS. **Lei 21.972/2016, de 21 de jan. 2016. Dispõe sobre o Sistema Estadual de Meio Ambiente e Recursos Hídricos – Sisema – e dá outras providências.** Disponível em: <<https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=LEI&num=21972&comp=&ano=2016>>. Acesso em 02 mar. 2017.

MINAS GERAIS. Secretaria De Estado De Meio Ambiente E Desenvolvimento Sustentável. **Regularização ambiental – Autorização de funcionamento (AFF).** Disponível em: <<http://www.meioambiente.mg.gov.br/regularizacao-ambiental/autorizacao-de-funcionamento-aaf>> Acesso em: 09 fev. 2017.

MINAS GERAIS. Secretaria de Estado do Meio Ambiente. **Sancionada Lei que reformula licenciamento ambiental.** 2016. Disponível em: <<http://www.meioambiente.mg.gov.br/noticias/1/2750-sancionada-lei-que-reformula-licenciamento-ambiental>>. Acesso em 05 mar. 2017.

MINAS GERAIS. Secretaria de Estado do Meio Ambiente. **Composição do Plenário do COPAM – Mandato 2013 - 2016.** 2015. Disponível em: <[http://www.meioambiente.mg.gov.br/images/stories/2015\\_ARQUIVOS/COPAM/Estrutura/291215/291215-f-maling-site-plenario-do-copam.pdf](http://www.meioambiente.mg.gov.br/images/stories/2015_ARQUIVOS/COPAM/Estrutura/291215/291215-f-maling-site-plenario-do-copam.pdf)>. Acesso em 04 mar. 2017.

MP APONTA falta de projeto executivo de barragem em fase inicial de licença. 2016. In **G1.** Disponível em: <<http://g1.globo.com/minas-gerais/desastre-ambiental-em-mariana/noticia/2016/01/mp-aponta-falta-de-projeto-executivo-de-barragem-em-fase-inicial-de-licenca.html>>. Acesso em 26 fev. 2017.

MPMG Jurídico. **Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.** Edição Especial: Guia Técnico de Mineração. Belo Horizonte:Fundação Alexander Brandt, 2012.

ONU. **Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento.** Rio de Janeiro: 1992. Disponível em: < <http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>> Acesso em 25 Fev.

2017.

PALUDO, Augustinho. **Administração Pública**. 3 Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 58 - 67.

PL QUE FLEXIBILIZA licenciamento ambiental em MG é aprovado. 2015. In **G1**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/minas-gerais/noticia/2015/11/pl-que-flexibiliza-licenciamento-ambiental-em-mg-e-aprovado.html>>. Acesso em 04 mar 2017.

SÍGOLO, Vanessa Moreira; MASCARENHAS, Thais Silva. Participação Popular, Espaço Público e Autogestão: participation, public space and self-management. In: **Cadernos Gestão Social**, Salvador, V.3, n.1, p. 101-120, jan/jun 2012. Disponível em: <<http://www.periodicos.adm.ufba.br/index.php/cgs/article/viewArticle/212>>. Acesso em: 06 mar. 2017.

WOOD JR. Thomaz. Mais uma tragédia anunciada: as causas de catástrofes como a da Samarco não são misteriosas. 2015. In **CartaCapital**. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/revista/880/mais-uma-tragedia-anunciada>>. Acesso em 07 mar. 2017.

# INTRODUÇÃO AO PENSAMENTO DE JOHN FINNIS E AS INSUFICIÊNCIAS JUSPOSITIVISTAS

## INTRODUCTION TO JOHN FINNIS' THOUGHT AND THE JUSPOSITIVIST GAPS

Matheus Thiago Carvalho Mendonça<sup>98</sup>

### RESUMO

O Positivismo Jurídico dominante no ordenamento brasileiro igualou o direito à lei e, por isso, passou a ser contraposto em razão do imperativo de garantias do indivíduo contra o Estado. Desse modo, o presente artigo apresenta o pensamento de John M. Finnis e sua teoria do Direito Natural com o escopo de buscar alternativas práticas às insuficiências do Positivismo Jurídico. Para tal, a partir da pesquisa bibliográfica especializada, o artigo expõe o debate jusnaturalista e juspositivista e, depois, algumas inadequações do Positivismo. Por fim, apresenta a teoria do Direito Natural de Finnis. O artigo conclui que, no contexto atual de discussões de direitos humanos, o juspositivismo equipara as concepções de lei e direito, de modo que torna-se inadequado para a solução de diversas controvérsias morais, o que enseja uma busca de alternativas sólidas que são apresentadas pelo Direito Natural.

**PALAVRAS-CHAVE:** Filosofia do Direito. John Finnis. Lei Natural. Positivismo Jurídico.

### ABSTRACT

The Legal Positivism dominant in the Brazilian legal system equated the law to the act and, therefore, came to be confronted due to the need of guarantees of the individual against the State. Thus, this paper presents the thought of John M. Finnis and his theory of Natural Law in order to seek practical alternatives to the inadequacies of Legal Positivism. To this end, based on specialized bibliographic research, this paper exposes the jusnaturalist and juspositivist debate, and then some inadequacies of Positivism. Finally, it presents Finnis' theory of natural law. This paper concludes that, in the current context of discussion about human rights, juspositivism equates conceptions of act and law, so that it becomes suitable for the solution of several moral controversies, which leads to a search for solid alternatives that are presented by Natural Law.

**KEYWORDS:** John Finnis. Law Philosophy. Legal Positivism. Natural Law.

## 1. INTRODUÇÃO

Os debates travados entre o Positivismo Jurídico e o Jusnaturalismo são marcantes no devir histórico da Jurística. Com a pretensão de depurar o Direito de todos os elementos considerados metajurídicos, como política e moral, o Positivismo primou pela pureza da estrutura do Direito, na qual se observam fatos de forma neutra e não se estabelecem juízos valorativos (BOBBIO, 1995, p. 135). Tempos depois, o Positivismo Jurídico, em suas múltiplas formas existentes, acabou por prevalecer e, então, a defesa da lei natural foi indevidamente relegada a uma dimensão mais histórica que efetivamente jurídica

---

<sup>98</sup> Graduando na Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Nacional de La Plata (Buenos Aires, Argentina). Integrante do grupo de pesquisa (CNPq) "Tradição da Lei Natural", do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará (UFPA), e pesquisador do grupo (CNPq) "Direito dos Refugiados e o Brasil", da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR).

(PINHEIRO; SOUZA, 2016, p. 67-68).

No entanto, desde que os direitos humanos assomaram nas pautas de discussão, reavivaram-se os debates sobre fundamentos que não a lei positiva, advinda do poder político que nem sempre se conforma à vontade popular. Noutras palavras, o imperativo de afirmar as garantias da humanidade independentemente da acedência dos legisladores foi o que reinaugurou o debate sobre a lei natural e as insuficiências do normativismo. Não obstante, vê-se a inadequabilidade do Positivismo Jurídico em responder com clareza e distinção as menções que os textos legais fazem sobre ideias como dignidade humana, bem-estar social, moralidade ou bem comum.

Percebido isso, o presente artigo almeja oferecer, de forma pedagógica, uma introdução ao pensamento do jusfilósofo australiano John M. Finnis e sua teoria do Direito Natural com o fito de buscar alternativas sólidas às inadequações do normativismo jurídico, com foco em sua obra *Natural Law and Natural Rights* (1980). A opção por esse referencial teórico justifica-se basicamente por (i) Finnis ser considerado o principal filósofo contemporâneo do Direito Natural, com uma exposição livre de superstições e dogmatismos, advinda da teoria analítica do Direito, que propõe sólidas respostas ao positivismo em geral; e (ii) pelo fato de o meio acadêmico nacional não dispensar o devido tratamento às reflexões jusnaturalistas.

Para lograr o objetivo mencionado há pouco, este artigo preliminarmente apresenta ao leitor o arcabouço do histórico debate entre o juspositivismo e Direito Natural. Posteriormente, expõe algumas críticas e inadequações do Positivismo Jurídico. Então, apresenta o pensamento de John M. Finnis, a partir da sistematização de seus principais argumentos e obras capitais.

Todavia, adverte-se, em momento oportuno, que não se pretende exaurir a discussão do tema, mas possibilitar um conhecimento mais sistemático sobre a obra de John. M. Finnis e contribuir com os estudos em jusnaturalismo, vez que, em uma pesquisa séria em teoria do Direito, prescindir de reflexões sobre o Direito Natural é mitigar a importância do trabalho da academia brasileira.

## **2. DIREITO NATURAL E POSITIVISMO JURÍDICO: UM DEBATE HISTÓRICO**

A tensão entre juspositivismo e jusnaturalismo polariza, direta ou indiretamente, os maiores temas e disputas da filosofia do Direito. Tais correntes constituem concepções teóricas antitéticas – ao menos no primeiro momento –, pois, “em um caso, a moral tem relação com o direito enquanto que no outro, são dois sistemas normativos totalmente separados” (FARREL, 1998, p. 127). Contudo, cabe ressaltar que tais sistemas teóricos nem

sempre estiveram diametralmente opostos.<sup>99</sup>

Até o início da Idade Moderna é difícil identificar uma oposição mutuamente excludente entre o Direito Positivo e o Direito Natural – isso, para não afirmar inexistente essa contradição. A *Antígona* de Sófocles nos mostra que já na Antiguidade era possível identificar o conflito entre a lei positiva e a lei natural. Isso, no entanto, não significava que a existência do Positivo, por si, afastava a existência do Direito Natural. (PINHEIRO; SOUZA, 2016, p. 67-68)

Nesse contexto, o pensamento de Tomás de Aquino, que retoma a tradição clássica aristotélica, sustenta uma relação de coordenação entre as duas leis que era útil ou até mesmo indispensável. Para Aquino, o direito figura como objeto da justiça e tem seu fundamento na igualdade que, por sua vez, pode ser natural ou resultante de pacto social (SOUZA; PINHEIRO, 2016, p. 73). Quando o justo advém de uma igualdade que independe de vontade individual, fala-se em Direito Natural; quando de igualdades convencionadas socialmente, tem-se o Direito Positivo (AQUINO, 2015, II-II, q. 57). Ademais, em Aquino, a ordem é viabilizada por meio da aplicação da lei positiva, que serve de ferramenta para conferir efetividade ao justo, vez que a lei natural é incapaz de prover integralmente a regulamentação necessária ao convívio social. Assim, no âmbito jusnaturalista, a lei positiva é não apenas admissível, mas fundamentalmente necessária (FINNIS, 2011, p. 28-29).

No entanto, o início da era moderna trouxe consigo, em um primeiro momento, o Iluminismo acompanhado do intuito de dissociar o Direito Natural do Positivo, com fortes críticas ao conceito de “natureza” por parte do racionalismo predominante. Bobbio afirma, de maneira clara e distinta, que “por obra do positivismo jurídico ocorre a redução de todo direito a direito positivo, e o direito natural é excluído dessa categoria de direito: o direito positivo é direito, o direito natural não é direito” (BOBBIO, 1995a, p. 26). Verifica-se, com isso, de forma contundente, a proposta lançada pelo Positivismo exclusivista da completa supressão do Direito Natural. Dessa forma, é oportuno questionar que positivismo é esse que se pretende, por assim dizer, “totalitário”.

A expressão “positivismo jurídico” é intoleravelmente ambígua, adverte Genaro Carrió (1994, p. 321). Sobre tal imprecisão, Noel Struchiner explica que:

A extensão do significado comporta uma pluralidade de teses heterogêneas e, muitas vezes, incompatíveis. O termo geral classificatório “positivismo jurídico” é utilizado para se referir a posições inconsistentes, a posições que muitas vezes foram explicitamente rejeitadas por aqueles que são considerados os principais expoentes

---

<sup>99</sup> Ainda no hodierno, a relação entre lei natural e lei positiva é perfeitamente possível, como demonstrado por Mark C. Murphy em *Natural law in jurisprudence and politics* (New York: Cambridge University Press, 2006), onde o autor apresenta as diversas concepções acerca da relação entre a lei natural e a lei positiva, o bem comum e a questão da autoridade.

do positivismo, e a posições que muitas vezes foram defendidas pelos positivistas, mas não como teses essenciais ou características de posição positivista [...]. (STRUCHINER, 2005, p. 25)

Em sua tese, Struchiner apresenta variadas concepções de positivismo jurídico<sup>100</sup> e sustenta especificamente o chamado Positivismo Conceitual.<sup>101</sup> Esse tipo de Positivismo implicaria sinteticamente que: (i) “para identificar o direito não devem ser utilizados critérios valorativos, mas critérios fáticos, empíricos, objetivos”; (ii) a neutralidade é o “traço marcante” que possibilita “identificar e descrever o direito de um grupo social sem se comprometer valorativamente com o conteúdo das normas jurídicas”; (iii) que “a definição do direito não está axiologicamente comprometida com as normas jurídicas”, razão porque “uma norma ou sistema jurídico pode ser injusto e, ainda assim, ser qualificado como jurídico” (STRUCHINER, 2005, p. 32).

Tais premissas resumem a essência das proposições de Hans Kelsen – seguramente o maior expoente do normativismo contemporâneo. Seu propósito é elaborar uma ciência do direito com um objeto puro, arquetipicamente jurídico, no qual inexistam “perversões” ideológicas, políticas, morais ou passionais. No prefácio de sua obra, Kelsen (2009) escreve:

Há mais de duas décadas que empreendi desenvolver uma teoria jurídica pura, isto é, purificada de toda ideologia política e de todos os elementos de ciência natural. [...] Foi o meu intento elevar a Jurisprudência [...] à altura de uma genuína ciência, de uma ciência do espírito. Importava explicar [...] suas tendências exclusivamente dirigidas ao conhecimento do direito, e aproximar [...] seus resultados do ideal de toda ciência: objetividade e exatidão.

Tal propósito foi comum, em maior ou menor dimensão, a todo tipo de positivismo.<sup>102</sup> Norberto Bobbio afirma que a definição do positivismo é uma definição “anti-ideológica”,

---

<sup>100</sup> O autor enumera as seguintes formas: (i) o *positivismo jurídico como ceticismo ético*, que representaria a rejeição da tese jusnaturalista referente à existência de princípios morais e de justiça universalmente válidos e acessíveis à razão humana; (ii) o *positivismo jurídico como positivismo ideológico*, que indicaria os sujeitos jurídicos e os juízes têm o dever moral de obedecer ao direito positivo independentemente de seu conteúdo, por este possuir validade ou força moral obrigatória de *per se*; (iii) o *positivismo jurídico como formalismo jurídico*, que integraria as teses de que (a) o direito é composto exclusivamente ou predominantemente por normas promulgadas explicita e deliberadamente por órgãos legislativos e não por normas consuetudinárias ou jurisprudenciais, e que (b) esse sistema de normas que são exaustivas, completas, suficientes, incontrovertidas e precisas.

<sup>101</sup> Noel Struchiner sustenta o positivismo conceitual – e esse trabalho adota tal conceito para seu desenvolvimento – pelas seguintes razões: (1) ser uma tese comum a todos positivismos; (2) ter disposição de reconstruir ideias básicas sobre o direito; (3) aludir a uma apreensão do direito como técnica, “resultado de uma escolha, convenção ou práticas sociais convergentes”; (4) porque as regras são identificadas exclusivamente pelo critério de fonte social, que acolhe não apenas fontes sociais, mas fontes superiores; (5) ser inerte normativamente, não sendo guia para ação, vez que de *per se* não determina que as normas válidas devem ser seguidas, mas estabelecer as condições de validade; (6) por que “utiliza critério claro, objetivo, para identificar o direito válido” quais sejam as fontes sociais e “não critérios meritórios, que são subjetivos e nebulosos”. (STRUCHINER, 2005, p. 35-50)

<sup>102</sup> Para uma exposição aprofundada sobre as perspectivas de Bobbio e Kelsen, expoentes do Positivismo Jurídico, ver KLOSTER, 2012, p. 15-40



que não faz “referência a valores ou fins que seriam próprios do Direito” (BOBBIO, 1995a, p. 144). Contudo, se a perspectiva positivista for aceita, “não existe maneira de avaliar moralmente o direito. Dá no mesmo o direito justo e o injusto, o correto e o incorreto, o bom e o mau”. Não obstante, conseqüentemente, se seguiria que “é obrigatório obedecer a qualquer direito, não importando seu grau de imoralidade” (FARREL, 1998, p. 122). É nesse vão que se insere uma das muitas críticas da Nova Escola do Direito Natural às insuficiências do normativismo extremado, como mostrar-se-á a seguir.

### 3. AS INSUFICIÊNCIAS DO POSITIVISMO JURÍDICO

A despeito do “método” do Positivismo Jurídico, se observa que a própria forma de tratar o Direito “como um fato e não como um valor” é um ponto sensível. No referido método, juízos valorativos inexistem e o jurista deve olhar para o Direito cientificamente, sem atribuir qualquer qualitativo que possa tornar a análise crítica do ponto de vista valorativo. Ocorre que, como observa Thomas Kuhn (1980), as pesquisas em história e filosofia da ciência demonstram que não existem abordagens plenamente neutras, de modo que todas as áreas do conhecimento empregam modelos fundamentais e determinados pressupostos teóricos.<sup>103</sup>

Não obstante a impossibilidade real da abordagem neutra do Direito e dos fatos, o positivismo clássico postula que “a estrutura do ordenamento jurídico firma-se nas ideias de unidade<sup>104</sup>, sistematicidade e completude<sup>105</sup>. Portanto, são rejeitados problemas hierárquicos, de antinomia e de lacunas” (SOUZA; PINHEIRO, 2016, p. 79). Ainda as complexidades originadas na diversidade de ordenamentos, de acordo com Bobbio, encontram soluções formais, o que proporcionaria segurança jurídica (BOBBIO, 1995b, p. 34-35).

Outra dificuldade da qual padece o Positivismo Jurídico exclusivista é a incongruência com relação à proposta dos Direitos Humanos, conforme é possível observar na afirmativa de Norberto Bobbio:

A definição do Direito, que aqui adotamos, não coincide com a de Justiça. A norma fundamental está na base do Direito como ele é (o Direito positivo), não do Direito

---

<sup>103</sup> Ainda sobre a adoção de modelos teóricos na ciência, ver BLACK, Max. *Models and metaphors* (Ithaca: Cornell University Press, 1962) e HESSEL, Mary. *Models and analogies in science* (Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1966).

<sup>104</sup> “Diz respeito à ideia de que o conjunto de normas estatais que compõem o ordenamento jurídico forma uma unidade coesa e retroalimentada, de modo que o Direito é a própria justificativa da normatividade do Direito” (KLOSTER, 2012, p. 28).

<sup>105</sup> “O ordenamento jurídico positivo teria a característica de abranger toda a realidade que possa adquirir relevância jurídica, sem deixar espaços, contradições ou lacunas em seu corpo de normas” (KLOSTER, 2012, p. 29).

como deveria ser (o Direito justo). Ela autoriza aqueles que detêm o poder a exercer a força, mas não diz que o uso da força seja justo só pelo fato de ser vontade do poder originário. **Ela dá uma legitimação jurídica, não moral, do poder. O Direito, como ele é, é expressão dos mais fortes, não dos mais justos.** (BOBBIO, 1995b, p. 67, grifo nosso)

Em sua afirmativa, Bobbio clarifica a legitimidade do Estado para fazer o Direito e usar a força, e tal uso encontra-se desvinculado de um ideal de justiça ou um parâmetro moral. Ora, essa proposta acaba por contradizer os objetivos dos direitos humanos que apontam para uma luta contra a opressão estatal e uma garantia jurídica individual que independa do poder legislativo. Inclusive, é oportuno ressaltar que tal concepção se encontra consolidada desde a instituição dos chamados direitos de primeira dimensão, que foram impostos, no contexto do Estado Liberal de Direito, como limitações ao poder do soberano. Em continuidade, a recusa absoluta de qualquer fundamento não positivado – em razão da utópica completude positivista – cria esse problema, que é um dos pontos atacados na hábil crítica feita por Dworkin ao ponderar a impossibilidade de resolução de *hard cases* (“casos difíceis”) por meio do uso exclusivo de regras jurídicas.<sup>106</sup>

Portanto, se percebe que os principais pilares do Positivismo Jurídico se mostram frágeis, vez que toda espécie de fundamentação não positivada é sumariamente rechaçada. Entretanto, esse trabalho dedica-se a exposição do pensamento de John Finnis, pelo que as demais inadequações juspositivistas serão discutidas a seguir, mescladas às proposições e respostas do pensamento de Finnis.

## 4. O PENSAMENTO DE JOHN FINNIS

### 4.1. O contexto e a obra de John Finnis<sup>107</sup>

Graduado em Direito pela *Adelaide University*, o australiano John Mitchell Finnis (1940–) doutorou-se na distinta Universidade de Oxford, no Reino Unido, sob a orientação do reconhecido positivista H. L. A. Hart. Em 1966, seu orientador o convida para a produção de uma obra intitulada *Natural Law and Natural Rights*, que é publicada em 1980. Tal obra atinge rapidamente seu público, sendo alvo de referências e críticas por autores da área.<sup>108</sup>

J. Finnis, após escrever sua *magnun opus*, continuou em seu exercício acadêmico e

---

<sup>106</sup> Para complementar sua tese, Dworkin aponta para a existência dos princípios, em *Uma questão de princípio* (São Paulo: Martins Fontes, 2001).

<sup>107</sup> Para uma apresentação mais detalhada sobre o contexto da vida e da produção de John M. Finnis, ver o estudo preliminar de Cristóbal Orrego S., que realizou a tradução espanhola em *Ley natural y derechos naturales* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000).

<sup>108</sup> A obra é mencionada por positivistas, como Hart, em *Essays in jurisprudence and philosophy* (Malta: Clarendon, 1983); por pós-positivistas, como N. MacCormick, em “Natural Law and the separation of Law and Morals” (In: GEORGE, (ed.). *Natural Law Theory*. Oxford University Press, 1996); e por jusnaturalistas, como R. MacInerny, em “The Principles of Natural Law”, *American Journal of Jurisprudence*, v. 25. 1980.

publicou ainda várias obras, com destaque para *Fundamentals of Ethics* (1983), que resulta de seis *lectures* proferidas por Finnis – organizadas pelo Departamento de Filosofia da Georgetown University – onde são defendidas, em seis capítulos, as questões éticas levantadas em *Natural Law and Natural Rights*, e reestruturadas em um diálogo com Aristóteles, Kant e outros filósofos da ética contemporânea. Em 1991, publica-se *Moral Absolutes*, livro que, apesar de não trazer novidades ao pensamento de Finnis, dedica-se a apresentar as principais perspectivas no debate hodierno sobre absolutos morais, seguindo a moralidade cristã.

Mais recentemente, em 1998, tem-se a obra *Aquinas: moral, political and legal theory*, texto em que Finnis implementa uma nova proposta de leitura da filosofia social, política moral e jurídica de S. Tomás de Aquino, abordando temas como razões para a ação, consciência pessoal, livre-arbítrio e dignidade humana, comunidade, família, justiça, lei estatal e outros. Não obstante, o jusfilósofo australiano tem uma vasta produção bibliográfica com uma significativa média de quatro livros ao ano, nas últimas décadas (OLIVEIRA, 2002, p. 29). Desses trabalhos, alguns artigos se destacam pela importância que possuem na elaboração de seu pensamento, dentre eles: *The basic principles of natural law* (1981), *Natural law and legal reasoning* (1996), *Comensuration and public reason* (1997) *Public Good* (1998) e *Abortion, natural law and public reason* (2000).

Tendo exposto as obras capitais de Finnis, se pode passar à apresentação de sua teoria, ou melhor, sua perspectiva sobre o Direito Natural.<sup>109</sup>

#### **4.2. Lei Natural e Direitos Naturais**

A obra em questão divide-se em três partes. Na primeira delas, o jusfilósofo dedica-se a justificar a imprescindibilidade do estudo do Direito Natural e, também, afastar as críticas feitas aos construtos teóricos jusnaturalistas. Por essa razão, inclusive, se pode afirmar que o mérito principal de Finnis “foi ter demonstrado o caráter infundado da resistência positivista à teoria do Direito Natural, até então estigmatizada como obscurantismo religioso e supersticioso” (PINHEIRO; SOUZA, 2016, p. 69).

Dado o fato de que nesse trecho da obra se encontram as bases metodológicas de Finnis, de maneira oportuna, se insere aqui a sistematização de seus argumentos. Segundo o jusfilósofo australiano:

O Direito é uma instituição social que permite a realização de bens humanos e da

---

<sup>109</sup> Para uma exposição pluralista sobre o Direito Natural, ver Barzotto (2010).

razoabilidade prática com que os homens os decidem. O objetivo do livro é, então, triplo: (i) identificar os bens humanos básicos (aspecto substantivo da teoria); (ii) analisar a razoabilidade prática que os efetiva na ação humana, na vida prática (aspecto prudencial da teoria) e (iii) elucidar a epistemologia adequada à compreensão do Direito (PINHEIRO; SOUZA, 2016, p. 71).

J. M. Finnis, no terceiro item, estabelece uma vinculação indissociável dos procedimentos de descrição (premissa positivista) e avaliação (premissa jusnaturalista) na metodologia de toda ciência social, afinal, “um teórico não pode fornecer uma descrição teórica e uma análise de fatos sociais, a menos que também participe do processo de avaliar, de entender o que é realmente bom para as pessoas humanas e o que é realmente requerido pela razoabilidade prática” (FINNIS, 2011, p. 3, tradução livre).

A segunda parte comporta a dimensão substancial da obra, na qual, em dez capítulos, John Finnis discorre sobre temáticas como razão prática<sup>110</sup>, bens humanos, princípios morais, bem comum, direitos humanos, leis injustas e outros. Ao fim, no último capítulo – que é a terceira parte da obra – o autor disserta sobre direito natural, teologia e revelação. Assim, entendida a sistemática da argumentação de Finnis, passar-se-á a análise das respostas de Finnis às objeções jusnaturalistas e, posteriormente, a dimensão substancial de sua teoria.

### 4.3. Respostas às oposições positivistas

De todas as barreiras enfrentadas por Finnis na confecção de sua obra sobre Direito Natural, se pode dizer que as mais árduas delas tenham sido o desconhecimento e o ceticismo de sua época acerca do jusnaturalismo (FINNIS, 2011, p. 23-25). Ao defender sua posição, Finnis toma como referencial as críticas de H. L. A. Hart, para quem a ideia de bem ou fim humano era questionável, vez que a intelecção dessa ideia era improvável (HART, 2007, p. 201-228).

Para responder a essa objeção sobre o conhecimento (ou assimilação) da lei natural, o jusfilósofo se vale dos argumentos de S. Tomás de Aquino (FINNIS, 2011, p. 29-31) – afinal, ele “discorre com frequência sobre a extensão do conhecimento humano da lei humana” –, ao estabelecer três dimensões de princípios.

Primeiro tem-se os *communissima*, que é o campo mais geral. Não são propriamente princípios ou preceitos, mas o objetivo, a finalidade dos preceitos da lei natural. Eles declaram as formas básicas do bem humano. São reconhecidos por qualquer um que alcance a idade da razão e que tenha experiência suficiente para saber a que eles se referem – não podem ser eliminados do coração humano. (OLIVEIRA, 2002, p. 43-44, grifos do autor)

---

<sup>110</sup> Adverte-se que, em Finnis, “a noção de ‘prático’ [...] relaciona-se à ação e à decisão que a antecede, e não diz respeito à praticidade enquanto factibilidade ou eficiência. Prático aqui, no sentido aristotélico que Finnis emprega esse termo, não é oposto ao intelectual, ao reflexivo ou ao teórico”. (PINHEIRO; SOUZA, 2016, p. 71)

Já o segundo campo abarcaria as implicações morais mais rudimentares e mais facilmente percebidas que os princípios do primeiro campo. Segundo Aquino, são princípios que qualquer um pode alcançar imediatamente por meio da razão, como a percepção que não se deve roubar, por exemplo (AQUINO, 2015, I–II q. 100). Por fim, o terceiro campo reúne as questões que “só podem ser respondidas corretamente por alguém que seja sábio e que as considera minuciosamente, com agudeza” (FINNIS, 2011, p. 30, tradução nossa; AQUINO, 2015).

Nota-se, então, que a crítica de Hart sobre a intelecção do fim ou bem humano não afeta os fundamentos das teorias clássicas do direito natural. Aquino sustenta que apenas alguns dos princípios *communissima* podem ser imediatamente percebidos, de modo que os outros dois campos ensejam discussões a respeito (OLIVEIRA, 2002, p. 45). Assim, a parte do ceticismo da academia, Finnis demonstra que o direito natural é plenamente *discutível*.

Outro ponto enfrentado por Finnis é a visão equivocada, advinda do juspositivismo, acerca das teorias do direito natural – que seriam teorias que justificam o julgamento moral<sup>111</sup>. Esses equívocos são explicados por Finnis com referência nas proposições de Kelsen, que afirma que os teóricos jusnaturalistas, por tentarem fundamentar o direito positivo em uma delegação do direito natural (KELSEN, 1979a, p. 157), caem em uma impossibilidade lógica. Nas palavras de Kelsen:

A usual afirmação de que existe realmente uma ordem natural absolutamente boa, porém transcende e, por isso, não inteligível, ou a de que há um objeto chamado justiça, mas que não pode ser claramente definido, implica uma contradição flagrante. Na verdade, é apenas uma frase eufemística para expressar a circunstância lamentável de que a justiça é um ideal inacessível ao conhecimento humano (KELSEN, 1979b, p. 15, tradução nossa).

No entanto, para Finnis, tal conclusão não se sustenta justamente por partir de premissas inadequadas, pois, no arcabouço das teorias de direito natural, “delegar não é delegar incondicionalmente” (FINNIS, 2011, p. 27, tradução nossa). O teórico australiano explica, ainda, que a validade jurídica do direito positivo é derivada da conexão racional com o direito natural, o que só é possível se (i) o direito origina-se de forma juridicamente válida e se (ii) o direito não for materialmente injusto.

---

<sup>111</sup> Sobre a finalidade dos princípios de lei natural, Finnis (2011, p. 23) escreve: “What are principles of natural law? [...] a set of basic methodological requirements of practical reasonableness (itself one of the basic forms of human flourishing) which distinguish sound from unsound practical thinking and which, when all brought to bear, provide the criteria for distinguishing between acts that (always or in particular circumstances) are reasonable-all-things-considered (and not merely relative-to-a-particular purpose) and acts that are unreasonable-all-things-considered, i.e. between ways of acting that are morally right or morally wrong—thus enabling one to formulate (iii) a set of general moral standards”.

Outro desacerto sugerido nas proposições kelsenianas é o de que “a chamada doutrina do direito natural é uma doutrina idealista-dualista do direito” (KELSEN, 1979a, 94). Nessa proposição, o idealismo está direcionado a um valor absoluto, o justo, o que implica dizer que a justiça seria um ideal incumbido de conferir validade ao direito positivo. Esse ‘idealismo’, portanto, estaria em oposição ao ‘realismo’ positivista, na medida em que “sua validade é independente da validade de uma norma de justiça” (KELSEN, 1979a, 89-90).

Entretanto, Finnis contrapõe essa assertiva demonstrando que o direito natural almeja, na realidade, “expressar reflexivamente as exigências e os ideais da razoabilidade prática” (FINNIS, 2011, p. 29), de modo que a justiça não figura como um ideal a ser alcançado, mas, como consequência direta do uso da razoabilidade prática. Uma vez compreendidas as respostas de Finnis às críticas positivistas, se pode apresentar a dimensão substancial de sua teoria.

#### **4.4. Os bens humanos básicos**

John Finnis, assim como o filósofo franco-americano Germain Grisez, sustenta que Tomás de Aquino compreendeu corretamente que os primeiros e mais elementares princípios da razão prática, responsáveis por dirigir as ações humanas e bens humanos inteligíveis, provêm de motivações para ação, que são mais que razões simplesmente instrumentais (ROSA, 2016, p. 7). Aqui, no entanto, é necessário e oportuno observar o porquê de Finnis atentar para as motivações. A razão está conexas à concepção das quatro ordens de conhecimento, formulada por Aristóteles e adotada por Aquino. Sobre isso, Elton de Oliveira escreve:

O primeiro [tipo] é a ‘ordem natural’ [*rerum naturalium*], que diz respeito à ciência das questões e as relações que não são afetadas pelo nosso pensar. [...] O segundo é a ordem lógica, onde se busca a ciência das condições pelas quais nós podemos ordenar nosso próprio pensamento. [...] A ordem prática ou moral [...] seria um terceiro tipo. Nela temos a ciência das condições pelas quais podemos ordenar nosso deliberar (escolher) e nossas ações voluntárias. [...] Por fim, temos a ordem técnica ou produtiva [...] pela qual se conhece as condições em que podemos ordenar as coisas constituídas pela própria razão humana (e que são externas ao nosso pensar e nosso querer). (OLIVEIRA, 2002, p. 55, grifos do autor)

Nesse contexto, na ordem de conhecimento prática ou moral, deve-se adotar um método adequado, capaz de conhecer o sentido da ação humana, a que ela se dirige, o seu bem. Para Finnis, esse método é o teleológico, que consiste na investigação dos bens humanos básicos cuja consecução realiza a natureza humana (PINHEIRO; SOUZA, 2016, p. 76).

A relação entre natureza humana e bens humanos básicos deve ser compreendida, do ponto de vista ontológico e epistemológico, por um conhecido teorema de Aristóteles, que afirma: para compreender a natureza de um ser animado, deve-se

compreender as suas faculdades (potências); para compreender suas faculdades, deve-se compreender as suas ações (morais); para compreender suas ações, deve-se compreender os fins dessas ações, seus objetos ou propósitos (*telos*). Esses fins são chamados, por Aristóteles [...] de bens, cuja consecução realiza a felicidade (*eudaimonia*). (PINHEIRO; SOUZA, 2016, p. 76, grifos do autor).

Assim, por meio dessa interpretação do pensamento tomista, Finnis aponta um método para sopesar questões e determiná-las como moralmente certas (virtudes) ou moralmente erradas (vícios). Tal método perpassa pelo questionamento do que é razoável e coerente com o fim, o escopo do indivíduo e da comunidade. Isso implica na intelecção dos chamados bens humanos básicos – um ponto importante na teoria de Finnis.

Para entender isso, deve-se ter em conta, primeiramente, que a terminologia ‘valor’ é sinônima de ‘bem’ (FINNIS, 2011, p. 61). Ao se falar em valor ou bem (humano) básico, Finnis explica que se refere a “qualquer coisa que uma pessoa pode de algum modo desejar”. Noutra passagem, o filósofo esclarece que “bem é todo e qualquer objeto de todo e qualquer interesse” (FINNIS, 2011, p. 277). Com esse conceito, pode-se entender que os bens humanos básicos “são bens fundamentais a que a vontade visa, ou seja, os bens que constituem nossas razões fundamentais para agir e que dão conta de tudo o que podemos inteligentemente querer escolher” (CULLETON; BRAGATO; FAJARDO, 2009, p. 47).

Ademais, segundo Finnis, há duas formas de entender esse ‘bem’. A primeira seria enxergá-lo como dotado de ferramentalidade, ou seja, um bem referente a determinado objetivo ou meta considerada desejável (OLIVEIRA, 2002, p. 60-61). A outra maneira, que é defendida por Finnis, diz respeito a “uma forma genérica de bem em que se pode participar ou em que se pode realizar de infinitas maneiras em infinitas ocasiões”. Portanto, o bem humano básico não constitui ferramenta para o conseguimento de outro bem. Com efeito, é básico porque, enquanto é intrínseco a realização das pessoas, é desejável de *per se* (FINNIS, 2011, p. 278).

É importante notar que Finnis aponta características fundamentais dos bens humanos básicos. São elas *objetividade*, *auto-evidência* e a *incomensurabilidade*. Os bens humanos básicos são objetivos por não serem subjetivos, *i.e.*, não se considera um bem (ou valor) como básico porque é determinado pelo desejo, mas sim porque determina (OLIVEIRA, 2002, p. 61). Aqui, Finnis aproxima a noção de objetividade à ideia de universalidade, pois manifesta-se não apenas na forma de requerimentos morais, mas também em instituições nas mais diversas culturas humanas ao longo do tempo (FINNIS, 2011, p. 83-84).

Outra característica dos valores humanos básicos é o fato de serem auto-evidentes (*obvious*) ou indemonstráveis, o que implica que (i) não podem e nem precisam ser

demonstrados e que (ii) não há razões suficientes para se duvidar de que sejam bens em si mesmos.

E, por fim, a incomensurabilidade figura como a terceira característica aqui enumerada. Muito embora a análise dessa característica em *Natural law and natural rights* não seja muito adequada, se pode afirmar que ela remete ao fato de que os valores humanos básicos não são hierarquizáveis entre si, ou seja, um bem não pode ser considerado melhor que outro. Isso porque, segundo Finnis, cada valor básico são aspectos do ‘ser’ das pessoas e expressam valores distintos de seu bem-estar, e não mecanismos para alcançá-lo. Ademais, por serem bens primários, se um pode ser elencado como mais básico que outro, logo, um bem é, de fato, básico e outro não o é (FINNIS, 1983, p. 89).

Como exemplo de bem (ou valor) humano básico, Finnis discorre sobre o conhecimento (FINNIS, 2011, p. 59-75). Trata-se de um valor básico objetivo e auto-evidente (*obvious*), afinal, o florescimento humano depende do desenvolvimento da capacidade cognitiva – e isso é universal e inquestionável (SOUZA; PINHEIRO, 2016, p. 78). Nessa esteira, em *Natural law and natural rights*, Finnis elenca, ainda, sete bens humanos básicos (ou formas básicas de bem).<sup>112</sup> O primeiro deles (além do conhecimento, elencado acima) é, naturalmente, a vida, que diz respeito ao impulso de autopreservação e envolve as atitudes relacionadas à saúde. Sobre esse bem, Souza e Pinheiro escrevem:

Como todo bem humano básico, a vida é um valor inquestionável e irrefutável, pois, sem vida, o florescimento humano não seria possível, a atualização das potências fundamentais seria impensável. A vida pressupõe, então, continuar a viver, não ser privado do direito a nascer e a preservar-se saudável a ponto de perseguir seus fins últimos. (SOUZA; PINHEIRO, 2016, p. 78)

Outro bem elencado é o jogo, *i.e.*, o engajamento social do homem, que, para ser plenamente humano, pertence e participa de uma comunidade. As outras formas básicas de bem são: a experiência estética, a sociabilidade, a razoabilidade prática e, por fim, a religião, que diz respeito as inquietações humanas e questionamentos sobre fenômenos metafísicos.

## 5. CONCLUSÃO

Advindo da teoria analítica do Direito, John Finnis observou o Direito Natural para além das superstições e obscuridades que existiam – e, em certa dimensão, ainda existem – na academia sobre o tema. Foi capaz de desfazer as caricaturas que os juspositivistas haviam

---

<sup>112</sup> Todavia, Finnis adverte, de plano, que (i) não há necessidade de o leitor aceitar sua lista, tampouco sua nomenclatura; e admite que (ii) não seria problema admitir outras formas básicas de bem, se de fato forem finalidades básicas do agir humano (FINNIS, 2011, p. 91-92).



pintado sobre o jusnaturalismo e, inclusive, esclarecer a alegação de que teóricos do Direito Natural violavam a chamada Lei de Hume. No entanto, Finnis está imerso em uma controvérsia teórica do Direito muito maior, que é a do juspositivismo e jusnaturalismo.

Nesse arcabouço, o presente artigo se propôs a (i) apresentar o histórico debate entre o Direito Natural e o Positivismo Jurídico, então (ii) apontar algumas lacunas do juspositivismo (exclusivista) e, por fim, (iii) introduzir pedagogicamente o pensamento de John Finnis e suas respostas a algumas insuficiências positivistas.

Ante tal análise, destaca-se duas lacunas capitais do positivismo para as quais Finnis apresenta respostas satisfatórias. A primeira delas diz respeito a insuficiência do positivismo em fundamentar e definir os direitos humanos. Como retromencionado, o positivismo (exclusivista) iguala o Direito à Lei e anuncia a tese de que “não há necessariamente conexão entre o Direito e a moralidade” (GREEN, 2008, p. 1042), o que leva a proteção legal dos direitos humanos a restar invariavelmente atrelada a concordância do poder público. Não obstante, Kelsen vai além e teoriza longamente sobre o argumento da força, utilizando até a Polícia como exemplo (GONÇALVES; PRAXEDES, 2015, p. 127). Como solução a isso, percebe-se na teoria de Finnis os bens humanos básicos, como a vida, que operam além de princípios de todo esforço moral, também do político e jurídico, de modo que possuem um caráter “pré-moral”, “pré-político” e “pré-jurídico” (SGARBI, 2007, p. 667), logo devem ser preservados independente da concordância do poder político.

Outra lacuna é a inadequabilidade do juspositivismo em explicar menções como moralidade e bem comum, presentes nos textos legais. Em Finnis, tais referências são plenamente explicáveis, vez que seu construto teórico admite a existência de preceitos morais absolutos e de um agir moralmente correto. Não obstante, Finnis sustenta que os princípios da lei natural não se limitam à dimensão da moralidade, mas, também, permeiam a ação política e a vida do cidadão (FINNIS, 2011, p. 23).

Ao fim, se pode concluir que o positivismo jurídico se mostra insuficiente para fundamentar questões extremamente importantes do hodierno, como a defesa dos direitos humanos, a consecução do bem comum e a própria realização da justiça. Nesse controverso espaço, Finnis é capaz de conferir (ou devolver) vigor ao Direito Natural, afastando os espantalhos criados em torno dele, e apresentando como um parâmetro teórico adequado para os tempos atuais, capaz de oferecer sólidas respostas na teoria do Direito.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**. Tradução Carlos Josaphat Pinto de Oliveira et al. v.

4; 6. 3ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 2015.

BARZOTTO, Luís Fernando. **Filosofia do direito**: os conceitos fundamentais e a tradição jusnaturalista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995a.

\_\_\_\_\_. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6.ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995b.

CARRIÓ, Genaro R. **Notas sobre derecho y lenguaje**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994.

CULLETON, A.; BRAGATO, F. F.; FAJARDO, S. P. **Curso de direitos humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

FARREL, Martín D. ¿Discusión entre el derecho natural y el positivismo jurídico? **Doxa**. Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, Espanha, v. 21, n. 2, p. 121-128. 1998

FINNIS, John. **Aquinas**: moral, political and legal theory. Oxford: Oxford University Press, 1998.

\_\_\_\_\_. **Fundamentals of ethics**. Washington: Georgetown University Press, 1983.

\_\_\_\_\_. **Ley natural y derechos naturales**. Tradução Cristóbal Orrego. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000.

\_\_\_\_\_. **Moral absolutes**: Tradition, revision and truth. Washington: The Catholic University Press, 1991.

\_\_\_\_\_. **Natural law and natural rights**. 2<sup>nd</sup> ed. New York: Oxford University Press, 2011.

GONÇALVES, C. F. O.; PRAXEDES, A. T. As insuficiências do positivismo jurídico para o conhecimento da ciência do direito: uma análise crítica do purismo kelseniano. In: ROCHA, L. S.; LOIS, C. C.; MELEU, M. (Coord.). **Cátedra Luis Alberto Warat**. Florianópolis: CONPEDI, 2015.

GREEN, Leslie. **Positivism and the inseparability of law and morals**. New York University Law Review, New York, v. 83, p. 1035-1058, 2008.

HART, H. L. A. **O conceito de direito**. 5ª ed. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

KELSEN, Hans. **A justiça e o direito natural** – apêndice à segunda edição alemã da Teoria Pura do Direito. Coimbra: Arménio Amado, 1979<sup>a</sup>.

\_\_\_\_\_. **Teoría general del derecho y del estado**. Tradução Eduardo García Máynez. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1979b.

KLOSTER, M. V. **A superação do juspositivismo por uma compreensão ampliada do direito**: enfoque laboral. 2012. 137 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2012.

KUHN, Thomas S. **The structure of scientific revolutions**. 2<sup>nd</sup> ed. Chicago: University of Chicago Press, 1980.

OLIVEIRA, E. S. **Bem comum, razoabilidade prática e direito:** A fundamentação do conceito de bem comum na obra de John M. Finnis. 2002. 144 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2002.

PINHEIRO, V. S.; SOUZA, E. B. A fundamentação ética dos direitos humanos em John Finnis. **Revista Direitos Humanos e Democracia**, Ijuí, RS, ano 4, n. 7, p. 65-83, jan./jun. 2016.

ROSA, Eliana de. Introducción a la teoría jurídica de John Finnis. **Revista RyD República y Derecho**, Mendoza, Argentina, v. 1, p. 1-22, 2016.

STRUCHINER, Noel. **Para falar de regras:** O Positivismo Conceitual como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis do direito. 2005. 191 f. Tese (Doutorado em Filosofia) – Departamento de Filosofia da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2005.

SGARBI, Adrian. O direito natural revigorado de John Mitchell Finnis. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 102, p. 661-689, jan./dez. 2007.

SOUZA, E. B.; PINHEIRO, V. S. Tomás de Aquino e a razão natural dos direitos humanos: pessoa e bem comum. **Revista do Direito UNISC**, Santa Cruz do Sul, RS, n. 48, p. 70-91, jan./abr. 2016.

# TENDÊNCIAS INTERPRETATIVAS DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

## INTERPRETATIVE TENDENCIES OF THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS

Roberta Karoliny Rodrigues Alvares<sup>113</sup>

### RESUMO

Há alguns fatores que influenciam as tendências interpretativas da Corte Interamericana de Direitos Humanos ("Corte IDH"). Este trabalho possui como objetivo compreender os aspectos fundamentais que levam a Corte IDH a priorizar uma interpretação extensivamente protetiva, teleológica e evolutiva, e, conseqüentemente, de que forma as normas de interpretação do Artigo 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos ("CADH") são aplicadas na jurisprudência da Corte IDH. Para tanto, é preciso que se compreenda o contexto em que o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, a Convenção Americana, a Comissão e a Corte IDH foram estabelecidos. Mister faz-se a percepção da interpretação própria dos tratados de direitos humanos, em decorrência de seu caráter especial. Posteriormente, abordar-se-ão os fatores que influenciam as tendências interpretativas da Corte IDH e, em seqüência, será feita uma análise específica do Princípio *Pro Homine*. Finalmente, serão demonstradas o que se denomina "múltiplas funções" do Artigo 29 da CADH.

**PALAVRAS-CHAVE:** Normas de Interpretação. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Princípio *Pro Homine*.

### ABSTRACT

There are some factors that influence the interpretative tendencies of the Inter-American Court of Human Rights ("Inter-American Court"). The purpose of this study is to understand the fundamental aspects that lead the Inter-American Court to prioritize an extensively protective, teleological and evolutionary interpretation, and consequently how the rules of interpretation of Article 29 of the American Convention on Human Rights ("ACHR") are applied in the jurisprudence of the Inter-American Court. Therefore, it is necessary to understand the context in which the Inter-American Human Rights System, the American Convention, the Commission and the Inter-American Court were established. The perception of the proper interpretation of human rights treaties, due to their special character, is vital. Subsequently, will be discussed the factors that influence the interpretative tendencies of the Inter-American Court and, subsequently, a specific analysis of the *Pro Homine*

---

<sup>113</sup> Advogada. Pós-graduanda. Fundadora e Presidente da Liga Acadêmica de Direito Financeiro e Tributário (LADFT).

Principle will be made. Finally, what is called the "multiple functions" of Article 29 of the ACHR will be demonstrated.

**KEYWORDS:** Rules of interpretation. Inter-American Court of Human Rights. The *Pro Homine* Principle.

## 1. INTRODUÇÃO

O elemento interpretativo tem exercido uma "função-chave" na evolução e expansão para a qual tem caminhado o direito no sentido da proteção internacional dos direitos humanos. Deve ser concedida grande atenção à interpretação adequada dos tratados de direitos humanos, visto que se passa do momento "legislativo" inicial ao estágio mais recente e desenvolvido de sua real implementação. Os tratados de direitos humanos são instrumentos vivos e é, justamente, a evolução por meio da interpretação que lhes tem assegurado tal atributo (CANÇADO TRINDADE, 1991, p. 46 - 47).

Em virtude da multiplicidade de instrumentos internacionais protetivos aos direitos humanos, tem ocorrido uma convergência considerável de perspectivas sobre sua interpretação adequada. Percebe-se uma "jurisprudência constante" dos diversos órgãos internacionais de proteção em relação à natureza objetiva das obrigações por eles incorporadas, e no que se refere ao seu caráter especial em relação a outros tratados multilaterais do tipo tradicional, visto que são tratados "[...] concluídos para a proteção da pessoa humana e não para o estabelecimento ou regulamentação de concessões ou vantagens interestatais recíprocas" (CANÇADO TRINDADE, 1991, p. 46).

Há alguns fatores que influenciaram - e influenciam - as tendências interpretativas da Corte Interamericana de Direitos Humanos ("Corte IDH"). A professora Laurence Burgogue-Larsen (2014, p. 110) estabelece que os contextos jurídico, político e sociológico levam a Corte IDH a priorizar uma perspectiva interpretativa teleológica, evolutiva e protetora dos dispositivos da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Destarte, o presente trabalho possui como objetivo compreender os fatores de influência da interpretação *pro homine* da Corte IDH e de que modo, conseqüentemente, o Tribunal aplica, ao longo de sua jurisprudência, o dispositivo do artigo 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos ("CADH"), o qual se refere às normas de interpretação desse tratado.

Outrossim, inicia-se com a apresentação do contexto histórico e especificidades do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Em seqüência, explana-se acerca da CADH, bem como da Comissão Interamericana de Direitos Humanos ("CIDH") e Corte IDH. Posteriormente, analisa-se o caráter especial da interpretação dos tratados de direitos humanos, com a apresentação do artigo 29 da Convenção Americana, que se trata das normas de interpretação desse instrumento.

Seguidamente, volta-se à apresentação dos aspectos que levam a Corte IDH a uma interpretação extensivamente protetiva, teleológica e evolutiva dos termos da CADH, a partir da teoria da professora Laurence Burgogue-Larsen. Em momento ulterior, explana-se acerca do Princípio *Pro Homine* na

proteção dos direitos humanos. Por fim, exibem-se as chamadas "múltiplas funções" do artigo 29 da Convenção Americana na jurisprudência da Corte IDH.

A fim de alcançar a finalidade proposta, a metodologia da pesquisa constitui-se de caráter bibliográfico e documental, a partir da leitura de livros, artigos científicos, teses, sítios da internet e da análise de documentos internacionais, bem como da jurisprudência internacional, sobretudo da Corte Interamericana.

## **2. O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS**

Não é possível estudar o sistema interamericano de proteção aos direitos humanos sem que se analise o contexto histórico em que ele se instituiu, tampouco as especificidades da região latino-americana. Faz-se relevante abordar a conjuntura histórica da região, a qual reflete em desafios enfrentados atualmente e que repercute grandemente nas tendências interpretativas da Corte IDH, conforme será demonstrado em momento posterior.

A região latino-americana é marcada por um alto grau de exclusão e desigualdade social, com regimes democráticos se consolidando. Ainda se convive com os resquícios "[...] do legado dos regimes autoritários ditatoriais, com uma cultura de violência e de impunidade, com a baixa densidade de Estados de Direito e com a precária tradição de respeito aos direitos humanos no âmbito doméstico" (PIOVESAN, 2013, p. 131).

O contexto da região é demarcado por dois períodos: (1) fase dos regimes ditatoriais; (2) fase de transição política para os regimes democráticos, que foi marcada pelo fim das ditaduras militares, no período dos anos 80, na Argentina, Chile, Uruguai e Brasil. Durante os regimes ditatoriais, direitos e liberdades básicos foram violados, tendo em vista execuções sumárias, desaparecimentos forçados, torturas sistemáticas, prisões ilegais, perseguições político-ideológicas e abolição das liberdades de expressão, reunião e associação (PIOVESAN, 2013, p. 131 - 132).

O processo de democratização implica em duas transições: (1) transição do regime ditatorial anterior para um governo democrático; (2) a transição desse governo para a consolidação democrática, ou seja, para a efetiva vigência da democracia (O'DONNELL *apud* PIOVESAN, 2013, p. 132). Apesar de a etapa (1), isto é, o processo de democratização, já haver sido alcançada na América Latina, ainda está em curso a etapa (2), ou seja, a efetiva consolidação do regime democrático (PIOVESAN, 2013, p. 132).

Assim, há um duplo desafio na região latino-americana:

[...] romper em definitivo com o legado da cultura autoritária ditatorial e consolidar o regime democrático, com pleno respeito aos direitos humanos, amplamente considerados - direitos civis, políticos, econômicos, sociais, culturais e ambientais. Como reitera a Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993, há uma relação indissociável entre democracia, direitos humanos e desenvolvimento. [...] a densificação do regime democrático na região requer o enfrentamento do elevado

padrão de violação aos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais, em face do alto grau de exclusão e desigualdade social, que compromete a vigência plena dos direitos humanos na região, sendo fator de instabilidade ao próprio regime democrático. (PIOVESAN, 2013, p. 132).

Nesse contexto, os países americanos acompanharam o processo global de formação do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Assim, adotaram diversos instrumentos referentes à proteção dos direitos humanos, dentre eles, há quatro principais que compõem o sistema interamericano: a Carta da Organização dos Estados Americanos, de 1948; a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de 1948; a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ou Pacto de San José da Costa Rica, de 1969; o Protocolo de San Salvador, de 1988, que trata dos direitos econômicos, sociais e culturais (MAZZUOLI, 2016, p. 973).

Dois sistemas, os quais interagem entre si, formaram-se a partir desses diplomas: (1) O sistema da Organização dos Estados Americanos ("OEA"), o qual utiliza preceitos da Carta da OEA e da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem; (2) O sistema da Convenção Americana de Direitos Humanos, no bojo da OEA (CARVALHO RAMOS, 2016, p. 205).

Conforme André de Carvalho Ramos (2016, p. 206), existem "dois círculos concêntricos": um deles é amplo, composto pelo sistema da Carta da OEA, integrado por 35 Estados; o outro, é menor e constitui o sistema da Convenção Americana de Direitos Humanos, formado, atualmente, pelos 23 Estados que a ratificaram, apesar de que, na totalidade, foram 25 dos 35 Estados da OEA que ratificaram a Convenção, no entanto, Trinidad e Tobago e Venezuela a denunciaram, respectivamente, em 1998 e 2012.

Ambos os sistemas partilham sua origem na OEA, porém, os Estados que compõem o segundo, firmaram um compromisso mais denso, visto que nele há, inclusive, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, tribunal especializado na matéria dos direitos humanos. Ressalta-se que, embora um Estado componha o círculo restrito da Convenção, ainda pode ser avaliado pelo círculo mais amplo da Carta da OEA, o que aconteceu com Honduras em 2009, durante a crise do golpe militar, por exemplo (CARVALHO RAMOS, 2016, p. 206).

Havia, conforme André de Carvalho Ramos (2016, p. 222), uma tentativa dos regimes ditatoriais da época (e, portanto, da OEA, uma organização intergovernamental) de aparentar normalidade e semelhança com os demais Estados da sociedade internacional, a fim de obter, dessa forma, legitimação e apoio para sua manutenção. Portanto,

[...]se na Europa Ocidental a Convenção Europeia de Direitos Humanos nasceu do esforço dos Estados Democráticos em demonstrar sua diferença com Ditaduras, a Convenção Americana nasceu do esforço de Ditaduras em demonstrar sua semelhança com Estados Democráticos. (CARVALHO RAMOS, 2016, p. 223).

Tal conjuntura demonstra as dificuldades iniciais para implementar a Convenção Americana de Direitos Humanos, tendo em vista que sua redação decorria mais da retórica do que de uma real adesão dos Estados ao universalismo, indivisibilidade e interdependência pertencentes aos direitos humanos (CARVALHO RAMOS, 2016, p. 223).

Para fins desta pesquisa, será analisado em sequência o sistema da Convenção Americana de Direitos Humanos, apresentando-se os órgãos que o compõem: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

### **3. A CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**

A Convenção Americana de Direitos Humanos, também chamada de Pacto de San José da Costa Rica, trata-se de um instrumento essencial do sistema interamericano de proteção aos direitos humanos (MAZZUOLI, 2016, p. 975). Ela foi celebrada em 1969, na cidade de San José, capital da Costa Rica, no entanto, entrou em vigor no plano internacional apenas em 18 de julho de 1978, ao obter o número mínimo de 11 ratificações, com o ingresso do Peru (CARVALHO RAMOS, 2016, p. 223).

Apenas os Estados-membros da OEA podem fazer parte da Convenção Americana, a qual veio para consolidar o regime de liberdade individual e de justiça social, estabelecendo um padrão de "ordem pública" referente a direitos humanos até então inexistente nas Américas. Países como os Estados Unidos, o qual apenas a assinou, e o Canadá, ainda não ratificaram este importante instrumento (MAZZUOLI, 2016, p. 975). O Brasil a promulgou em 6 de novembro de 1992, através do Decreto n.º 678, tendo a ratificado nesse mesmo ano (PORTELA, 2013, p. 919).

Mazzuoli (2016, p. 975) destaca que se trata de uma característica do sistema protetivo da Convenção Americana ser coadjuvante ou complementar. Portanto, não é retirada do Estado-parte a competência primária de assegurar os direitos humanos de seus jurisdicionados, apenas nos casos de falta ou insuficiência desse amparo, descumprindo-se os direitos e liberdades estabelecidos na Convenção, poderá o sistema interamericano proceder concorrentemente para proteger o direito não assegurado ou preservado pelo Estado.

A Convenção Americana se integrou por dois órgãos, quais sejam, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, com a finalidade de proteger e monitorar os direitos nela estabelecidos (MAZZUOLI, 2016, p. 978).

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) foi criada em 1959 pela Resolução VIII, adotada na V Reunião de Consulta dos Ministros das Relações Exteriores, a qual ocorreu em Santiago, no Chile. O órgão é sediado em Washington, D. C., nos Estados Unidos e começou a funcionar em 1960, exercendo sua função de "[...] promover os direitos estabelecidos tanto na Carta da OEA, quanto na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem" (MAZZUOLI, 2016, p. 978). Ademais, segundo a Carta da OEA, a Comissão é, também, órgão da Convenção Americana e, portanto, exerce funções ambivalentes (MAZZUOLI, 2016, p. 978 - 979).

Assim sendo, a CIDH possui duplo tratamento normativo, sendo o primeiro diante da Carta da



OEA e o segundo, em face da Convenção Americana de Direitos Humanos. Trata-se do mesmo órgão no exercício de atribuições variáveis, seja agindo enquanto órgão da OEA ou na qualidade de órgão da Convenção Americana (CARVALHO RAMOS, 2016, p. 228).

A CIDH tem competência, com fulcro no artigo 44 da Convenção, para receber petições que possuam denúncias ou queixas de violações da Convenção por um Estado-parte de qualquer pessoa, grupo de pessoas ou entidade não-governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados membros da OEA. Além disso, a Comissão aceita petições entre Estados-partes. De acordo com André de Carvalho Ramos (2016, p. 228), "o procedimento individual é considerado de adesão obrigatória e o interestatal é facultativo".

André de Carvalho Ramos (2016, p. 228) chama de "procedimento bifásico" de proteção aos direitos humanos o que ocorre na Convenção Americana, isto é, há primeiro uma etapa perante a CIDH e outra diante da Corte IDH. Assim, no desempenho da função contenciosa, a Corte IDH somente pode ser acionada pelos Estados-partes e pela CIDH. Entretanto, ressalta-se que, no decorrer de uma ação que já foi proposta, é possível que a vítima ou seus representantes requeiram medidas diretamente à Corte IDH.

A CIDH realiza uma análise tanto da admissibilidade quanto do mérito das demandas peticionadas, e, se decidir por arquivar certo caso, não há recurso disponível para a vítima. Percebe-se a imprescindibilidade da CIDH, visto que, conforme destaca André de Carvalho Ramos (2016, p. 229), até os dias atuais, permanece com o papel de iniciar ou não a ação de responsabilidade internacional do Estado-parte em virtude da violação de direitos humanos.

A Corte IDH é o órgão jurisdicional do sistema que delibera acerca dos casos de violações de direitos humanos perpetradas pelos Estados-partes da OEA os quais ratificaram a Convenção. A Corte IDH foi criada pela Convenção Americana e possui natureza de órgão judiciário internacional, assim, não pertence à OEA, mas à CADH. Embora originada em 1978, ano em que a Convenção Americana entrou em vigor, apenas em 1980 começou a funcionar efetivamente, ao emitir sua primeira opinião consultiva e, posteriormente, sua primeira sentença, após sete anos (MAZZUOLI, 2016, p. 984).

A Corte IDH possui competência contenciosa e consultiva. A competência contenciosa possui caráter jurisdicional e se direciona ao julgamento de casos concretos, ao ser alegado que um dos Estados-partes da Convenção Americana violou alguma de suas disposições (MAZZUOLI, 2016, p. 985). A competência consultiva refere-se à interpretação dos dispositivos convencionais, assim como da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem e de outros tratados de direitos humanos que obriguem a Estados Americanos.

Nos termos do artigo 62 da CADH, é necessário que um Estado que seja parte da Convenção Americana aceite expressamente a competência contenciosa da Corte IDH, através de declaração especial ou convenção especial. Ademais, segundo o artigo 66.1 da Convenção, as sentenças proferidas pela Corte devem ser fundamentadas.

Neste sentido, preceitua o artigo 67 da Convenção que a sentença da Corte é instrumento

definitivo e inapelável. Caso haja divergência acerca do sentido ou do alcance da sentença, a Corte IDH irá interpretá-la, a pedido de qualquer das partes, desde que tal pedido seja efetuado até noventa dias contados da data da notificação da sentença.

Dispõe o artigo 68.1 da Convenção que os Estados os quais dela são partes se comprometem a cumprir as decisões da Corte IDH em todo e qualquer caso de que sejam partes. Conforme observa André de Carvalho Ramos (2016, p. 259), existe o dever do Estado de cumprir a sentença da Corte em sua integralidade, englobando não apenas a declaração da violação, como também as obrigações de reparação.

Considerada uma função crucial das cortes internacionais, ao lado da jurisdição contenciosa, há a consultiva, prescrita no artigo 64 da CADH. Através dos pareceres consultivos ou opiniões consultivas, as Cortes podem interpretar diversas normas jurídicas internacionais, fixando o alcance e conteúdo dessas. A jurisdição consultiva "compensa" o reconhecimento inicial da jurisdição contenciosa das Cortes por parte dos Estados. Logo, as opiniões consultivas destinam-se à fixação do conteúdo e do alcance do direito internacional contemporâneo e, embora não possuam força vinculante, promovem maior segurança jurídica aos sujeitos (CARVALHO RAMOS, 2016, p. 265).

Observou-se, no contexto de desenvolvimento do Sistema Interamericano de proteção aos direitos humanos, os papéis fundamentais exercidos pela CIDH e Corte IDH no sistema da Convenção Americana, no sentido de cumprir com o que dispõe a Convenção em seu preâmbulo, isto é, o "[...] propósito de consolidar no continente, dentro do quadro das instituições democráticas, um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito dos direitos humanos essenciais".

#### **4. A INTERPRETAÇÃO PRÓPRIA DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS**

Em razão do caráter especial e da natureza essencialmente objetiva das obrigações por eles incorporadas, os tratados de direitos humanos possuem uma interpretação própria. Entretanto, essa não se desvirtua das regras gerais de interpretação dos tratados reconhecidas internacionalmente<sup>114</sup>. Inclusive, o processo interpretativo que atribui caráter especial aos tratados protetivos de direitos humanos é possibilitado pelo próprio Direito Internacional, já que as regras gerais de interpretação, principalmente as que se remetem à importância do objeto e da finalidade dos tratados, permitem determinadas diferenciações (CANÇADO TRINDADE, 1999, p. 32).

Tendo em vista que os tratados de direito internacional dos direitos humanos estão, evidentemente, inseridos na ordem internacional, também são orientados pelas diretrizes interpretativas estabelecidas nas Convenções de Viena sobre Direito dos Tratados. Conforme Cançado Trindade (1999, p. 38), as normas de interpretação dispostas nessas Convenções "fornecem elementos orientadores da prática dos órgãos convencionais de supervisão dos direitos humanos".

Sobre a aplicação das regras de interpretação dos tratados internacionais em geral aos tratados

---

<sup>114</sup> Quer dizer, as regras gerais de interpretação dos tratados, dispostas nos artigos 31 a 33, respectivamente, da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, de 1969, e Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais, de 1986.

de direitos humanos, mais especificamente no âmbito da CADH, aponta-se o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos (1997,§ 80) no Caso Loayza Tamayo Vs. Peru, ao afirmar que

[...] em virtude do *princípio da boa-fé*, foi consagrado no mesmo artigo 31.1 da Convenção de Viena que se um Estado subscreve e ratifica um tratado internacional, especialmente se tratando de direitos humanos, como é o caso da Convenção Americana, tem a obrigação de realizar seus melhores esforços para aplicar as recomendações de um órgão de proteção como a Comissão Interamericana que é, além disso, um dos órgãos principais da Organização dos Estados Americanos, que tem como função “promover a observância e defesa dos direitos humanos” no hemisfério (Carta da OEA, arts. 52 e 111). (CORTE IDH, 1997,§ 80, grifo nosso, tradução nossa).

Logo, ao subscrever e ratificar a Convenção Americana de Direitos Humanos, cada um dos Estados-partes compromete-se a exercer o princípio da boa-fé, obrigando-se a desempenhar todos os esforços aos seus respectivos alcances para cumprir, inclusive, as recomendações da Comissão Interamericana, órgão de imensa e fundamental estima para o sistema interamericano de proteção aos direitos humanos.

Em decorrência do princípio da boa-fé, os Estados-partes da Convenção Americana assumem o compromisso de cooperar e colaborar em prol de seu cumprimento, de modo que os objetivos e finalidades desse tratado venham a ser devidamente observados e aplicados, assegurando-se a proteção dos direitos humanos no contexto interamericano.

Neste sentido, destaca-se o pronunciamento do Juiz Sergio Garcia Ramírez (2001,§ 2) em voto fundamentado concordante à sentença de mérito e reparações no caso da Comunidade Mayagna (sumo) Awas Tingni Vs. Nicarágua:

No exercício de sua jurisdição contenciosa, a Corte Interamericana está obrigada a observar as disposições da Convenção Americana, interpretando-as conforme as regras que este mesmo instrumento prevê e as demais que pudessem ser invocadas conforme o regime jurídico dos tratados internacionais, que figuram na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 23 de maio de 1969. Igualmente, deve-se ter em conta o princípio de interpretação que obriga a considerar o objeto e fim dos tratados (artigo 31.1 da Convenção de Viena), [...], e a regra *pro homine*, inerente ao Direito Internacional dos Direitos Humanos – frequentemente invocada na jurisprudência da Corte –, que conduz à maior e melhor proteção das pessoas, com o propósito último de preservar a dignidade, assegurar os direitos fundamentais e alentar o desenvolvimento dos seres humanos. (CORTE IDH, 2001,§ 2, tradução nossa).

O princípio *pro homine* se trata de um critério interpretativo essencial, o qual, no sistema regional interamericano, encontra-se presente no artigo 29 da Convenção. A parte final do artigo 29, a) da Convenção Americana estabelece que nenhuma disposição desse tratado pode ser interpretada para suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista.

Demais disso, dita o artigo 29, b) da Convenção Americana que nenhum de seus dispositivos poderá ser interpretado no sentido de "limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de leis de qualquer dos Estados-partes ou em virtude de Convenções em que seja parte um dos referidos Estados".

Da análise desses preceitos, tem-se a prevalência da regra ou princípio *pro homine*, cujo objetivo primordial é a primazia da norma mais favorável à proteção dos direitos humanos. Conforme destacam Gomes e Mazzuoli (2013, p. 238), tal princípio internacional assegura ao ser humano a aplicação da norma que possa melhor protegê-lo no caso concreto, "levando em conta a força expansiva dos direitos humanos, o respeito do conteúdo essencial desses direitos e a ponderação de bens e valores".

É consolidado na jurisprudência da Corte Interamericana, por exemplo, no Caso do Tribunal Constitucional Vs. Peru, de 1999 (§ 41), ou no Caso do "Massacre de Mapiripán" Vs. Colômbia, de 2005 (§ 104), que os tratados de direitos humanos possuem um caráter especial, justamente pelo seu objetivo de assegurar a proteção dos seres humanos e por serem aplicados conforme a noção de garantia coletiva. Portanto, inspiram-se em valores superiores voltados à proteção dos seres humanos e possuem mecanismos específicos de supervisão. Além disso, em tais tratados, os Estados-partes reconhecem obrigações e deveres de alcance extenso, portanto, sua plenitude deve ser respeitada ao máximo.

A Corte IDH estabeleceu na Opinião Consultiva acerca do Efeito das Reservas sobre a Entrada em Vigência da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (OC-2/82), que os tratados modernos de direitos humanos, em sua generalidade e, mais particularmente, a Convenção Americana, não são tratados multilaterais de tipo tradicional, firmados em função de um intercâmbio recíproco de direitos, para o benefício mútuo dos Estados que o contratam (CORTE IDH, 1982, § 29).

O objeto e o fim dos tratados que versam sobre direitos humanos são a proteção dos direitos fundamentais pertencentes aos seres humanos, independentemente de sua nacionalidade, tanto em relação ao seu próprio Estado quanto aos demais Estados contratantes. Destarte, ao aprovarem tratados de proteção aos direitos humanos, os Estados se submetem a uma ordem legal na qual, pelo bem comum, assumem para si diversas obrigações, não em relação a outros Estados, mas aos indivíduos sob sua jurisdição (CORTE IDH, 1982, § 29).

No Caso Ivcher Bronstein Vs. Peru, a Corte IDH (1999, § 43) exprimiu que há jurisprudência de outros órgãos jurisdicionais internacionais coincidente com esta perspectiva sobre os tratados internacionais de proteção aos direitos humanos. Neste sentido, a Corte Internacional de Justiça, no

Parecer Consultivo referente às Reservas à Convenção para a Prevenção e Sanção do Delito de Genocídio, de 1951, declarou que em tais tratados, os Estados-partes não possuem interesses próprios, mas somente possuem, acima de tudo, um interesse comum, qual seja, a consecução dos propósitos os quais são a razão de ser da própria Convenção.

Frisou a Corte IDH (1999, § 36) no Caso do Tribunal Constitucional Vs. Peru (Competência), que os Estados-partes da Convenção Americana devem assegurar o cumprimento de suas disposições e seus efeitos próprios, o chamado "efeito útil" (*effet utile*), no âmbito de seus respectivos ordenamentos jurídicos internos. Complementou, ainda, que tal princípio não se aplica somente às normas substantivas dos tratados de direitos humanos, ou seja, aquelas que contém disposições de direitos protegidos, como também às normas de caráter processual, como a que se refere ao aceite da competência contenciosa da Corte IDH, que é fundamental para a efetividade do mecanismo de proteção internacional.

Os tratados de direitos humanos possuem um caráter especial, pois detêm como objetivo e fim precípuos a proteção da pessoa humana, ademais, possuem como característica sua implementação coletiva. Além disso, o efeito útil deles traduz-se em sua efetiva aplicação pelos seus Estados-partes correspondentes, de modo que suas disposições venham a ser cumpridas e seus efeitos sejam garantidos nos respectivos ordenamentos jurídicos internos.

Os termos dos tratados internacionais de direitos humanos possuem sentido autônomo, isso significa que não podem ser equiparados ao sentido que a eles se atribui no direito interno. Ademais, tais tratados são instrumentos vivos, devendo sua interpretação se adequar à evolução dos tempos e à condições de vida atuais. Esse foi o entendimento da Corte IDH (2001, § 146) no Caso da Comunidade Indígena Mayagna (Sumo) Awas Tigni Vs. Nicarágua.

Esses tratados são instrumentos vivos, logo, sua interpretação evolui e é um processo dinâmico. Em virtude da multiplicidade de instrumentos internacionais protetivos dos direitos humanos, por vezes, a interpretação e aplicação de determinadas disposições de um tratado de direitos humanos é utilizada como orientação a fim de que sejam interpretadas outras disposições correlatas de outro tratado de direitos humanos, em geral, mais recente (CANÇADO TRINDADE, 1991, p. 48-49).

Nesse sentido, ressalta-se que tem ocorrido na jurisprudência da Corte IDH um verdadeiro "fenômeno de migração (interconvencional)", priorizando-se as interpretações mais favoráveis aos direitos das pessoas. É frequente, na jurisprudência da Corte IDH, a realização de interpretações de dispositivos da Convenção Americana a partir de outros instrumentos internacionais, com a finalidade de aplicar a interpretação mais protetora (BURGORGUE-LARSEN, 2014, p. 109 - 125).

Há normas interpretativas expressas em duas convenções de sistemas regionais de proteção, quais sejam: a Convenção Americana de Direitos Humanos e a Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos. A Convenção Europeia de Direitos Humanos apresenta dispositivos esparsos sobre sua interpretação.

No âmbito do sistema africano de proteção aos direitos humanos, a Carta Africana de Direitos

Humanos e dos Povos prevê, em seu artigo 60, parâmetros interpretativos. De acordo com esse dispositivo,

A Comissão inspira-se no direito internacional relativo aos direitos humanos e dos povos, nomeadamente nas disposições dos diversos instrumentos africanos relativos aos direitos humanos e dos povos, nas disposições da Carta das Nações Unidas, da Carta da Organização da Unidade Africana, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, nas disposições dos outros instrumentos adotados pelas Nações Unidas e pelos países africanos no domínio dos direitos humanos e dos povos, assim como nas disposições de diversos instrumentos adotados no seio das agências especializadas das Nações Unidas de que são membros as Partes na presente Carta.

É possível perceber que a Carta Africana interage diretamente com outros instrumentos, ao inspirar-se no direito internacional relativo aos direitos humanos e dos povos. Dispõe o artigo 61 do mesmo instrumento que:

A Comissão toma também em consideração, como meios auxiliares de determinação das regras de direito, as outras convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados membros da Organização da Unidade Africana, as práticas africanas conformes às normas internacionais relativas aos direitos humanos e dos povos, os costumes geralmente aceites como constituindo o direito, os princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações africanas, assim como a jurisprudência e a doutrina.

A Carta atribui à Comissão Africana um importante papel interpretativo, com base nos dispositivos supracitados. A utilização de outros instrumentos internacionais referentes à proteção dos direitos humanos tornaria possível para a Comissão o desempenho de interpretações mais liberais dos dispositivos constantes na Carta. Nesta lógica, em abril de 1994, o Sr. A. Dieng, Secretário-Geral da Comissão Internacional de juristas, na sessão da Comissão Africana, solicitou a essa que desempenhasse uma interpretação dinâmica da Carta, para que fosse garantido o respeito dos direitos fundamentais nesse sistema regional (CANÇADO TRINDADE, 1999, p. 42-43).

No Sistema Europeu de Proteção aos Direitos Humanos, dispõe o artigo 17, o qual se trata da proibição do abuso de direito que:

Nenhuma das disposições da presente Convenção se pode interpretar no sentido de implicar para um Estado, grupo ou indivíduo qualquer direito de se dedicar a atividade ou praticar atos em ordem à destruição dos direitos ou liberdades reconhecidos na presente Convenção ou a maiores limitações de tais direitos e liberdades do que as previstas na Convenção.

Verifica-se a preocupação em garantir que não haja interpretação da Convenção Europeia a fim de destruir ou limitar os direitos e liberdades reconhecidos e previstos neste instrumento. Ademais, dispõe o seu artigo 53, o qual se trata da salvaguarda dos direitos do homem reconhecido por outra via que:

Nenhuma das disposições da presente Convenção será interpretada no sentido de limitar ou prejudicar os direitos do homem e as liberdades fundamentais que tiverem sido reconhecidos de acordo com as leis de qualquer Alta Parte Contratante ou de qualquer outra Convenção em que aquela seja parte.

Da leitura do supracitado dispositivo, é possível perceber uma preocupação que estabelece que nenhuma disposição da Convenção Europeia será interpretada no sentido de limitar ou prejudicar os direitos e liberdades fundamentais reconhecidos pelas legislações dos Estados-partes ou em qualquer convenção de que estes façam parte.

No âmbito do Sistema Interamericano de proteção aos Direitos Humanos, a Convenção Americana de Direitos Humanos estabelece normas de interpretação em seu artigo 29, conforme o qual:

Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de:

- a. permitir a qualquer dos Estados Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista;
- b. limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados;
- c. excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; e
- d. excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza.

As quatro alíneas do artigo 29 remetem-se à Convenção Americana, às legislações internas dos Estados-partes, a outras convenções de que os Estados-partes da Convenção Americana também sejam partes, à Declaração Americana de direitos e deveres do Homem e outros atos internacionais dessa mesma natureza. Observam Comune e Luterstein (2012, p. 522) que todos esses dispositivos devem ser interpretados com o fim de não limitar ou restringir os direitos e garantias reconhecidos pela Convenção Americana.

O artigo 29 da Convenção é direcionado pela regra ou princípio *pro homine*, visando conceder a

máxima proteção dos direitos e liberdades estabelecidos na Convenção Americana. Ao aplicá-lo, a Corte IDH realiza uma interpretação evolutiva dos termos convencionais, reconhece o caráter especial, garantia coletiva e assunção de obrigações objetivas pelos Estados-partes ao se comprometerem com a Convenção Americana. Ademais, exerce um método teleológico<sup>115</sup> de interpretação da Convenção, visando alcançar o objeto de fim de proteção da pessoa humana.

## **5. A INTERPRETAÇÃO PROTETIVA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**

Compreendendo-se o contexto desafiador em que se instituiu a Convenção Americana e seus órgãos, no presente momento, busca-se analisar determinados fatores que levaram a Corte IDH a construir sua jurisprudência de modo extensivamente protetivo aos direitos humanos, ou seja, sua tendência interpretativa *pro homine*.

As técnicas de interpretação históricas<sup>116</sup> têm dado lugar à valorização da interpretação teleológica, que se baseia no objeto e fim do tratado. Esse episódio é observado nas jurisdições regionais de proteção aos direitos humanos. Para entender o fenômeno que leva a Corte IDH a estabelecer interpretações protetivas, prezando pela finalidade *pro homine* da Convenção Americana, deve-se observar os contextos jurídico, que se refere ao conteúdo da Convenção; político (de violência institucionalizada na América-Latina); e sociológico, o qual remete-se à composição da Corte IDH (BURGORGUE-LARSEN, 2014, p. 107).

Conforme já se observou, a interpretação dos tratados de direitos humanos é dinâmica, evolutiva, pois eles são instrumentos vivos (CANÇADO TRINDADE, 1991, p. 48). Outrossim, segundo Burgorgue-Larsen (2014, p. 108), a interpretação evolutiva da Corte IDH decorre de três fatores: jurídico, político e sociológico.

Jurídico, no sentido de que desde o início de suas atividades até os casos mais recentes, a Corte IDH relaciona seu enfoque interpretativo com as normas gerais de interpretação constantes na Convenção de Viena (artigos 31 e 32). Além disso, ela destaca ao longo de sua jurisprudência as normas interpretativas consagradas na própria Convenção Americana, em seu artigo 29, o qual valoriza o princípio *pro homine*. Isto leva à priorização, por parte da Corte, do emprego do método teleológico, isto é, conforme dispõe a parte final do artigo 31.1 da Convenção de Viena de 1969, os tratados devem ser interpretados à luz de seu objetivo e finalidade (BURGORGUE-LARSEN, 2014,

---

<sup>115</sup> Segundo o artigo 31, § 1º, parte final, das Convenções de Viena, os tratados devem ser interpretados à luz de seu objetivo e finalidade.

<sup>116</sup> O elemento histórico possui um caráter complementar. Em conformidade com o artigo 32 das Convenções de Viena, é possível recorrer aos chamados "meios suplementares" de interpretação, inclusive aos trabalhos preparatórios do tratado e às circunstâncias de sua conclusão (técnicas históricas), com a finalidade de confirmar o sentido resultante da aplicação do artigo 31 das Convenções ou de determinar o sentido quando a interpretação, nos termos do artigo 31: (1) deixa o sentido ambíguo ou obscuro; (2) conduz a um resultado manifestamente absurdo ou desarrazoado.



p. 108-109).

Político, no que se refere ao contexto histórico de violência do continente latino-americano em que o Sistema Interamericano de Direitos Humanos firmou-se. A CIDH, criada em 1959 precisou ser "ativista" para enfrentar e lutar de forma eficaz contra as atrocidades e violações massivas resultantes de golpes de Estado, sobretudo. Quando em funcionamento, a Corte Interamericana precisou confrontar os estigmas de violência institucionalizadas frequentes na América Latina, lutando contra a impunidade (BURGORGUE-LARSEN, 2014, p. 110-113).

Conforme Laurence Burgorgue-Larsen (2014, p. 113), o fator sociológico leva em conta as formações dos juízes componentes da Corte IDH, o que seria uma maneira subsidiária de compreender a tendência à interpretação *pro homine* do Tribunal. As posições doutrinárias de advogados inclinados à tese do direito natural e/ou ativos nas atividades protetivas e promotoras dos direitos humanos, diferentemente de juízes formados de maneira "clássica" em direito internacional público - em que se prioriza a soberania dos Estados, em uma análise positivista -, podem ter (e, de fato, possuem) uma importância decisiva na composição de Corte IDH, composta por sete juízes eleitos para um mandato de seis anos, renovável uma única vez.

Quanto às técnicas de interpretação, segundo leciona Burgorgue-Larsen (2014, p. 119), o caráter evolutivo da Convenção Americana possui consequências, quais sejam: (1) o aumento da abertura normativa a fontes externas; (2) a criação de novos direitos; (3) o uso de conceitos transformadores os quais aumentam as obrigações estatais. As consequências da interpretação evolutiva da Corte IDH são de ordem técnica, política e institucional (BURGORGUE-LARSEN, 2014, p. 113).

## **6. O PRINCÍPIO *PRO HOMINE* NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS**

Consoante André de Carvalho Ramos (2002, p. 280), o Princípio da Primazia da Norma mais Favorável, também conhecido como Princípio *Pro Homine* ou *Pro Persona* é a regra de ouro de interpretação das normas internacionais de proteção aos direitos humanos. O autor afirma que

[...] Esta busca da *maior proteção* consta explicitamente dos tratados, na medida em que nos mesmo é mencionada a impossibilidade de interpretação do próprio tratado que exclua ou revogue proteção normativa maior já alcançada. (RAMOS, 2002, p. 281).

O direito internacional interage com o direito interno com um mesmo objetivo: a proteção da pessoa humana, para tanto, devem prevalecer as normas que proporcionam a maior proteção possível ao ser humano (CANÇADO TRINDADE, 1992, p. 34).

Como consequência, através deste princípio, assegura-se aos seres humanos que lhes seja aplicada, no caso concreto, a norma que lhe garanta a maior proteção, "levando em conta a força expansiva dos direitos humanos, o respeito do conteúdo essencial desses direitos e a ponderação de bens e valores" (GOMES; MAZZUOLI, 2013, p. 238).

O princípio *pro homine* baseia-se em dois outros princípios do Direito Internacional, quais sejam, o princípio da boa-fé (conforme o qual, em virtude do *pacta sunt servanda*, ao assumirem os tratados de direitos humanos, os Estados assumem o compromisso de cumpri-los) e o da interpretação teleológica (os tratados de direitos humanos devem se tornar efetivos nos ordenamentos jurídicos internos, assim, todos os esforços devem ser feitos para que sejam respeitadas e cumpridas as finalidades e o objeto desses) (GOMES; MAZZUOLI, 2013, p. 241).

Gomes e Mazzuoli (2013, p. 241-242) afirmam que ao subscreverem um tratado, os Estados assumem uma dupla obrigação: tanto internacional, em caso de violações, quando interna, a fim de fazer de tudo para que os direitos protegidos naquele tratado sejam cumpridos no direito nacional, sendo, portanto, impedido de invocar normas internas com o fim de se esquivarem das obrigações internacionalmente acertadas. Logo, concluem:

[...] Com isto se quer dizer que não é o direito interno que comanda a interpretação das normas internacionais, mas ao contrário: são as normas internacionais (como, v.g., as previstas no art. 29 da Convenção Americana) que ditam a interpretação do direito interno e sua aplicação (sempre quando *mais favorável* ao caso concreto). (GOMES; MAZZUOLI, 2013, p. 242, grifo do autor).

Josefina Comune e Natalia Luterstein (2013, p. 522), destacam que o Princípio *Pro Homine* é o critério geral de interpretação o qual ordena o artigo 29 da Convenção Americana. Trata-se de um critério amplo cuja finalidade é o exercício e gozo dos direitos humanos protegidos pela Convenção Americana.

É possível detectar o Princípio *pro homine*, no contexto global, nos seguintes dispositivos: artigo 5.2 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos; artigo 5.2 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; artigo 23 da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher; artigo 41 da Convenção sobre os Direitos da Criança.

A nível regional, o princípio em análise pode ser observado no artigo 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos; no artigo 4º do Protocolo de São Salvador (Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais); no atual artigo 53 da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais; artigo 17.1 da Convenção Europeia para a Prevenção da Tortura e das Penas ou Tratamentos Desumanos ou Degradantes.

A partir da análise dos dispositivos expressamente previstos nos supracitados instrumentos internacionais, é possível depreender a fundamental importância deste princípio para a proteção dos direitos humanos. No Parecer Consultivo sobre o Registro Profissional Obrigatório de Jornalistas, 13 de novembro de 1985, a Corte Interamericana (1985, § 52), após mencionar a norma de interpretação enunciada pelo artigo 29, b), da Convenção Americana, afirmou que

[...] se a uma mesma situação são aplicáveis a Convenção Americana e outro tratado internacional, deve prevalecer a norma mais favorável à pessoa humana. Se a própria Convenção estabelece que suas regulamentações não possuem efeito restritivo sobre outros instrumentos internacionais, menos ainda poderão ser aceitas restrições presentes nestes outros instrumentos, mas não na Convenção, para limitar o exercício dos direitos e liberdades que esta reconhece. (CORTE IDH, 1985, § 52).

Segundo explanou no Caso do "Massacre de Mapiripán" Vs. Colômbia, ao interpretar a CADH, a Corte IDH (2005, § 106) busca selecionar a alternativa mais favorável para a tutela dos direitos protegidos neste instrumento, conforme o princípio da norma mais favorável aos seres humanos. Isto porque a Corte IDH entende, assim como a Corte Europeia de Direitos Humanos, que os tratados de direitos humanos são instrumentos vivos, logo, sua interpretação deve acompanhar a evolução dos tempos e as condições de vida hodiernas (princípio da interpretação evolutiva).

Naquele caso, ao realizar uma interpretação evolutiva do artigo 22 (direito de circulação e de residência) e do artigo 29.b) - o qual proíbe interpretações restritivas dos direitos -, ambos da Convenção Americana, a Corte IDH (2005, § 188, tradução nossa) considerou "[...] que o direito do artigo 22.1 da Convenção protege o direito a não ser deslocado forçadamente dentro de um Estado-Parte da mesma".

Não se trata do escopo do presente trabalho estabelecer discussões aprofundadas sobre antinomias entre normas jurídicas, sua forma de resolução, ou sobre os aspectos que tangenciam essa temática, o que poderá ser abordado em futuras produções acadêmicas. O que se busca, neste momento, é demonstrar variados posicionamentos doutrinários que se remetem ao princípio da primazia da norma mais favorável, na busca da mais eficaz proteção aos direitos e liberdades assegurados na Convenção Americana.

Nesta oportunidade, ressalta-se que existem diversas implicações e discussões em relação ao princípio *pro homine*. Quanto à aplicação desse princípio, no que se refere à regra que se deve adotar para a interpretação dos direitos protegidos pela Convenção Americana, afirmam Luís Flávio Gomes e Valerio Mazzuoli (2013, p. 238) que

[...] as fontes do Direito não se excluem mutuamente, mas coexistem e se complementam. Segundo o espírito da Convenção a *primazia* é sempre da norma *mais favorável* ao ser humano, não havendo que se falar na exclusão de uma norma por outra, o que representaria a adoção de uma *mono-solução* já ultrapassada na pós-modernidade. A solução contemporânea para a resolução das antinomias do Direito deve ser plural, onde as várias fontes heterogêneas (...) *convivem* entre si. Trata-se de aplicar, no caso de conflito entre o tratado e o direito interno, a norma que, no caso, mais proteja os direitos da pessoa humana (princípio *pro homine* ou da

*primazia da norma mais favorável*) [...]. (GOMES; MAZZUOLI, 2013, p. 238, grifo nosso).

Já em 1995, o internacionalista Erik Jayme propunha a chamada "teoria do diálogo das fontes". A partir de sua linha de raciocínio, o ideal seria que normas jurídicas dialogassem entre si. Nos termos das lições do autor,

Desde que evocamos a comunicação em direito internacional privado, o fenômeno mais importante é o fato que a solução dos conflitos entre leis emerge como resultado de um diálogo entre as fontes mais heterogêneas. *Os direitos do homem, as constituições, as convenções internacionais, os sistemas nacionais: todas essas fontes não se excluem mutuamente elas 'falam' uma com a outra.* Os juízes devem coordenar essas fontes escutando o que elas dizem. (JAYME *apud* GOMES; MAZZUOLI, 2013, p. 239, grifo nosso).

A partir de uma visão *pro homine*, concorda-se, no presente trabalho, com uma perspectiva cooperativa e colaborativa no que se refere à aplicação as normas protetivas dos direitos humanos, em busca da prevalência da norma mais favorável, que cause menores restrições a tais direitos e liberdades, a partir de um diálogo harmônico entre suas múltiplas fontes, as quais não se excluem, mas se complementam.

Dispõe o artigo 29, a) da Convenção Americana que não é permitido que nenhuma disposição desse instrumento seja interpretada de modo a permitir que, qualquer Estado-parte, grupo ou indivíduo, venha a suprimir o gozo e o exercício dos direitos e liberdades abrigados na Convenção ou limitá-los em maior proporção do que nela prevista.

Nota-se a perspectiva *pro homine* do supracitado dispositivo no sentido de que a própria Convenção Americana prevê sua competência para estabelecer os padrões mínimos de proteção dos direitos e liberdades nela reconhecidos. Os Estados-partes, grupos ou indivíduos podem criar ou modificar regras para proteger direitos e liberdades resguardados na Convenção, desde que acima do mínimo protetivo nela estabelecido. Não é possível que esses sujeitos editem normas com a finalidade de protegerem os direitos e liberdades tratados na Convenção abaixo desse parâmetro mínimo (GOMES, MAZZUOLI, 2013, p. 240).

Corroborar-se com a afirmação de Karlos A. Castilla Juárez (2012, p. 95) no sentido de que a prevalência da Convenção Americana diante das normas de direito interno em todos os casos não é a melhor forma de assegurar a proteção dos direitos humanos, visto que a Convenção deve ser a base, conter as garantias mínimas, e não máximas, para o desenvolvimento dos direitos humanos que deveriam ser assegurados pelos ordenamentos jurídicos internos.

Assim sendo, antes da "supremacia" de uma norma, deveria se buscar a "primazia" da norma que melhor proteja e menos restrinja os direitos da pessoa humana, conforme o princípio *pro persona*,

não importando se sua origem é nacional ou internacional (CASTILLA JUÁREZ, 2012, p. 95).

A partir da perspectiva *pro homine*, considera-se ultrapassada a discussão sobre a preponderância de uma teoria "monista" ou "dualista", diante de uma análise entre a prevalência do direito interno ou do direito internacional, visto que o que deve prevalecer, em todo caso, é a norma mais favorável à proteção da pessoa humana.

Brevemente, para o dualismo, tratam-se o direito internacional e o direito interno de dois ordenamentos jurídicos distintos e independentes entre si, logo, suas normas não poderiam entrar em conflito. Já para o monismo, há somente um ordenamento jurídico, com normas internacionais e internas, as quais são interdependentes (PORTELA, 2013, p. 59 - 60).

As referidas doutrinas realçam questões extremamente formais, podendo, inclusive, deixar de atender para importância do valor o qual a norma intenta proteger, visto que o preceito normativo poderia deixar de ser aplicado, tão somente por pertencer a um ordenamento que não deveria prevalecer, conforme essas concepções teóricas (PORTELA, 2013, p. 63).

É justamente isso que o Direito Internacional dos Direitos Humanos procura evitar, pois contempla o valor protegido pela norma, aplicando o princípio da primazia da norma mais favorável ao indivíduo. Logo, em eventual antinomia entre uma norma de direito internacional com uma de direito interno, deve prevalecer a que melhor proteja e promova a dignidade humana (PORTELA, 2013, p. 63).

Assim, o princípio *pro homine* não se fundamenta em um suposto primado da ordem interna ou internacional, mas na prevalência da proteção ao ser humano, sendo esse valor compreendido por grande parte "[...] da sociedade internacional como superior a qualquer outro no universo jurídico" (PORTELA, 2013, p. 63).

O raciocínio do artigo 29, b) da Convenção Americana é no sentido de que nenhuma disposição de tal instrumento pode ser interpretada permitindo que qualquer dos Estados-partes, grupo ou indivíduo limite o gozo exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em razão de leis de qualquer dos Estados-partes ou por conta de Convenções em que seja parte um dos Estados-partes.

A Convenção, por meio desse dispositivo, admite que as fontes do direito não se excluem mutuamente, essas se complementam, logo, caso no direito interno de certo Estado-parte exista uma norma mais benéfica do que aquelas dispostas na Convenção Americana, devem ser aplicadas ao invés das normas convencionais, visto que não se trata de uma finalidade da Convenção Americana ser aplicada, absolutamente em todos os casos e hipóteses. O que ela busca é, sempre, conceder a máxima proteção aos seres humanos. Logo, a regra de interpretação da Convenção é a de não exclusão de direitos ou, *contrario sensu*, de inclusão de direitos (GOMES; MAZZUOLI, 2013, p. 241).

O princípio *pro homine* é um verdadeiro "guarda-chuva" na jurisprudência da Corte Internacional, visto que possui a precípua preocupação de, conforme ressaltou o Juiz Sergio Garcia Ramírez (2001, § 2) em voto fundamentado concordante no Caso da "Comunidade Mayagna (Sumo)

Awasi Tigni" Vs. Nicarágua, conduzir "[...] à maior e melhor proteção das pessoas, com o propósito último de preservar a dignidade, assegurar os direitos fundamentais e alentar o desenvolvimento dos seres humanos" (CORTE IDH, 2001, § 2, tradução nossa).

Considerando-se o exposto, e, a partir de uma visão harmônica, sistemática e teleológica da interpretação dos tratados de direitos humanos, é possível depreender que a lógica presente na Convenção Americana e na jurisprudência da Corte IDH é de aplicação da regra *pro homine*, destarte, o que deve prevalecer é a norma mais favorável à proteção da pessoa humana, a partir da convivência e complementação entre as normas.

## **7. AS MÚLTIPLAS FUNÇÕES DO ARTIGO 29 DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**

Partindo-se do estudo de casos contenciosos e opiniões consultivas da Corte IDH, é possível constatar que às normas de interpretação do Artigo 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos atribuem-se múltiplas funções. A Corte IDH, em sua interpretação teleológica, *pro homine* e evolutiva utiliza as normas do Artigo 29 para decidir situações concretas, visando a finalidade precípua da máxima proteção da pessoa humana.

Tem-se enquanto parâmetros classificatórios para as múltiplas funções do referido dispositivo o entendimento da Corte IDH no Caso Apitz Barbera e outros ("Corte Primeira do Contencioso Administrativo" Vs. Venezuela (2008) sobre o tema, bem como os critérios da plataforma *online* "buscador jurídico avançado em matéria de direitos humanos", decorrente da colaboração entre a Suprema Corte de Justiça da Nação, máximo Tribunal Constitucional do México, e a Corte IDH.

A Corte IDH sintetizou no Caso Apitz Barbera e outros Vs. Venezuela de que forma compreende e utiliza as normas de interpretação da Convenção Americana ao longo de sua jurisprudência. Portanto, tem-se que o artigo 29 da CADH abarca diretrizes interpretativas e é levantado em três âmbitos diferentes: fixação de critérios de interpretação; precisão do conteúdo de disposições da Convenção Americana; e determinação do alcance da competência consultiva da Corte IDH.

A função de fixação de critérios interpretativos é essencial para a consolidação de parâmetros mais precisos e objetivos na jurisprudência da Corte IDH. Reflete-se no Princípio da "Interpretação Evolutiva" dos tratados de direitos humanos. De igual modo, engloba a proibição de privar aos direitos de seu conteúdo essencial (decorrente do artigo 29, alínea a), e o Princípio *Pro Homine*, ou da "aplicação da norma mais favorável à tutela dos direitos humanos", como uma derivação do artigo 29, b) (CORTE IDH, 2008, § 218).

A Corte IDH (2008, § 217) também destina as normas de interpretação do artigo 29 para a *precisão do conteúdo de certas disposições* da CADH. Tal função subdivide-se em: (1) Delimitação do alcance das restrições às garantias estabelecidas na Convenção; (2) Interpretação das garantias da Convenção à luz dos padrões estabelecidos em outros instrumentos internacionais, (3) bem como em normas de direito interno; (4) Interpretação dos direitos convencionais à luz dos direitos que derivam

da forma democrática representativa de governo; (5) Interpretação das normas da Convenção que estabelecem obrigações de caráter geral e, também, (6) das que reconhecem direitos específicos.

É de suma relevância perceber que a Corte IDH (2008, § 219) atribui, ainda, um terceiro ofício ao artigo 29, qual seja, *determinar o alcance de sua competência consultiva*. Em vista disso, conforme a Corte IDH (1989, § 36) afirmou na Opinião Consultiva sobre a Interpretação da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem no contexto do Artigo 64 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos [OC-10/89], pode ser necessário que ela interprete a Declaração Americana a fim de interpretar a CADH no uso de sua competência consultiva, com fulcro no artigo 29, d) da Convenção.

Ademais, a Corte (1982, § 42) declarou na Opinião Consultiva "Outros Tratados" Objeto da Função Consultiva da Corte (artigo 64 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos) [OC-1/82] que estaria em contradição com as regras do artigo 29, b), da Convenção Americana a exclusão, em princípio, da competência consultiva da Corte, de tratados internacionais que obriguem a Estados Americanos em matérias relativas à proteção dos direitos humanos, porque isto seria uma limitação à plena garantia destes.

## 8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

É preciso que se conceda grande atenção à interpretação adequada dos tratados de direitos humanos, pois ela se trata do estágio mais recente e desenvolvido de real implementação destes. Os tratados de direitos humanos são instrumentos vivos e é, justamente, a evolução por meio da interpretação que lhes tem assegurado essa relevante característica.

Os tratados de direitos humanos possuem um caráter especial, pois seu objetivo e seu fim precípuos são a proteção da pessoa humana, ademais, têm como característica sua implementação coletiva. Além disso, o efeito útil deles traduz-se em sua efetiva aplicação pelos seus Estados-partes correspondentes, de modo que suas disposições venham a ser cumpridas e seus efeitos sejam garantidos nos respectivos ordenamentos jurídicos internos.

Analisou-se o contexto desafiador em que se instituiu o Sistema Interamericano, a CADH e seus órgãos, Comissão Interamericana e Corte Interamericana. Para compreender o fenômeno que leva a Corte IDH a estabelecer interpretações protetivas, prezando pela finalidade *pro homine* da CADH, observou-se o contexto jurídico, que se refere ao conteúdo da Convenção, o contexto político (de violência institucionalizada na América-Latina) e o contexto sociológico, o qual remete-se à composição da Corte IDH, conforme a teoria da professora Laurence Burgogue-Larsen.

Percebeu-se que existe uma tendência internacional em prol da aplicação do princípio *pro homine* nos casos relativos à proteção dos Direitos Humanos e que a Corte IDH o utiliza em suas interpretações desde o seu nascimento. A Corte IDH aplica uma interpretação evolutiva, protetiva e teleológica aos termos da CADH.

As normas de interpretação do Artigo 29 da CADH, são aplicadas na jurisprudência da Corte

Interamericana através do que denominou-se nesta pesquisa de "múltiplas funções", as quais detêm uma finalidade comum: a primordial proteção da pessoa humana. Observou-se que, em virtude do caráter especial dos tratados de direitos humanos, a CADH deve ser interpretada à luz dos seus propósitos, isto é, visando-se assegurar ao máximo os direitos e garantias nela estabelecidos.

A partir do entendimento da Corte IDH no Caso Apitz Barbera e outros Vs. Venezuela, chegou-se à conclusão de que as normas de interpretação do Artigo 29 da CADH possuem três principais destinações na jurisprudência do Tribunal Interamericano, as quais podem ser sintetizadas em: fixação de critérios de interpretação; precisão do conteúdo de disposições da Convenção Americana; e determinação do alcance de sua competência consultiva.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BURGORGUE-LARSEN, Laurence. El contexto, las técnicas y las consecuencias de la interpretación de la Convención Americana de los Derechos Humanos. **Estudios Constitucionales**, Santiago, v. 12, n. 1, p. 105 - 161, 2014.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991. 742 p.

\_\_\_\_\_. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos, Volume II**. 1ª edição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. 440 p.

CARVALHO RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos: a análise dos sistemas de apuração de violações de direitos humanos e implementação das decisões no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. 219 p.

\_\_\_\_\_. **Processo Internacional de Direitos Humanos**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. 472 p.

CASTILLA JUÁREZ, Karlos A. ¿Control interno o difuso de convencionalidad? Una mejor idea: la garantía de tratados. **Anuario Mexicano de Derecho Internacional**, Cidade do México, v. 13, p. 51-97, 2013.

COMUNE, Josefina; LUTERSTEIN, Natalia. Artículo 29. Normas de Interpretación. In: ALONSO REGUEIRA, Enrique M (Org.). **La Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el Derecho Argentino**. 1ª ed. Buenos Aires: La Ley, 2013. 567 p.

CONSELHO DA EUROPA. Convenção Europeia para a Prevenção da Tortura e das Penas ou Tratamentos Desumanos ou Degradantes. 1987. Disponível em: <<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016806dbb30>>. Acesso em: 15 de abril de 2017.

\_\_\_\_\_. Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. 1950. Disponível em: <[http://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_POR.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf)>. Acesso em: 13 de abril de 2017.



CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Apitz Barbera e outros ("Corte Primera do Contencioso Administrativo") Vs. Venezuela. Sentença de 5 de agosto de 2008. Disponível em:<<http://www.corteidh.or.cr>>. Acesso em: 11 de abril de 2017.

\_\_\_\_\_. Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Sentença de 31 de agosto de 2001. Disponível em:<<http://www.corteidh.or.cr>>. Acesso em: 11 de abril de 2017.

\_\_\_\_\_. Caso do "Massacre de Mapiripán" Vs. Colômbia. Sentença de 15 de setembro de 2005. Disponível em:<<http://www.corteidh.or.cr>>. Acesso em: 11 de abril de 2017.

\_\_\_\_\_. Caso do Tribunal Constitucional Vs. Peru. Sentença de 24 de setembro de 1999. Disponível em:<<http://www.corteidh.or.cr>>. Acesso em: 11 de abril de 2017.

\_\_\_\_\_. Caso Ivcher Bronstein Vs. Peru. Sentença de 6 de fevereiro de 2001. Disponível em:<<http://www.corteidh.or.cr>>. Acesso em: 11 de abril de 2017.

\_\_\_\_\_. Caso Loayza Tamayo Vs. Peru. Sentença de 17 de setembro de 1997. Disponível em:<<http://www.corteidh.or.cr>>. Acesso em: 11 de abril de 2017.

\_\_\_\_\_. O Efeito das Reservas sobre a Entrada em Vigência da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Opinião Consultiva OC-2/82 de 24 de setembro de 1982. Disponível em:<<http://www.corteidh.or.cr>>. Acesso em: 11 de abril de 2017.

\_\_\_\_\_. Interpretação da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem no marco do Artigo 64 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Opinião Consultiva OC-10/89 de 14 de julho de 1989. Disponível em:<<http://www.corteidh.or.cr>>. Acesso em: 11 de abril de 2017.

\_\_\_\_\_. O Registro Profissional Obrigatório de Jornalistas (Arts. 13 e 29 Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Opinião Consultiva OC-5/85 de 13 de novembro de 1985. Disponível em:<<http://www.corteidh.or.cr>>. Acesso em: 11 de abril de 2017.

\_\_\_\_\_. "Outros Tratados" objeto da função consultiva da Corte (artigo 64 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Opinião Consultiva OC-1/82 de 24 de setembro de 1982. Disponível em:<<http://www.corteidh.or.cr>>. Acesso em: 11 de abril de 2017.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Comentários sobre a Convenção Americana sobre Direitos Humanos**: Pacto de San José da Costa Rica. 4ª ed. rev., atual., ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. 462 p.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 10ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2016. 1280 p.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Americana sobre Direitos Humanos. 1969. Disponível em: <[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm)>. Acesso em: 13 de abril de 2017.

\_\_\_\_\_. Declaração Americana Dos Direitos e Deveres Do Homem. 1948. Disponível em: <[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao\\_Americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm)>. Acesso em: 13 de abril de 2017.

\_\_\_\_\_. Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em

matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de São Salvador). 1988. Disponível em: < [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/e.Protocolo\\_de\\_San\\_Salvador.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/e.Protocolo_de_San_Salvador.htm)>. Acesso em: 13 de abril de 2017.

ORGANIZAÇÃO DA UNIDADE AFRICANA. Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos. 1981. Disponível em: < <http://www.achpr.org/pt/instruments/achpr/>>. Acesso em: 12 de abril de 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. 1969. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm)>. Acesso em: 12 de abril de 2017.

\_\_\_\_\_. Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais. 1986. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/1427770.pdf>>. Acesso em: 12 de abril de 2017.

\_\_\_\_\_. Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher. 1979. Disponível em: < [https://www.unicef.org/brazil/pt/resources\\_10233.html](https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10233.html)>. Acesso em: 12 de abril de 2017.

\_\_\_\_\_. Convenção sobre os Direitos da Criança. 1989. Disponível em: < [https://www.unicef.org/brazil/pt/resources\\_10120.htm](https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10120.htm)>. Acesso em: 12 de abril de 2017.

\_\_\_\_\_. Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos. 1966. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm)>. Acesso em: 12 de abril de 2017.

\_\_\_\_\_. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. 1966. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0591.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm)>. Acesso em: 12 de abril de 2017.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e justiça internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 4ª ed. revisada, ampliada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2013. 355 p.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**: incluindo noções de direitos humanos e de direito comunitário. 5ª edição, revista, ampliada e atualizada. Salvador: JusPodivm, 2013. 1085 p.

SUPREMA CORTE DE JUSTIÇA DA NAÇÃO. **Buscador Jurídico de Direitos Humanos**. Disponível em: < <http://www.bjdh.org.mx/interamericano>>. Acesso em: 14 de abril de 2017.

**O DESVIO DA FINALIDADE ORIGINÁRIA DOS JUIZADOS ESPECIAIS  
CRIMINAIS ESTADUAIS À LUZ DA CRIMINOLOGIA, BREVES  
APONTAMENTOS SOBRE A EFICÁCIA PRAGMÁTICA DAS MEDIDAS  
DESPENALIZADORAS E A APLICAÇÃO DO NOVO PROCESSO COOPERATIVO**

**THE DEVIATION OF THE ORIGINATING PURPOSE OF THE SPECIAL STATE  
CRIMINAL JUDGMENTS IN THE LIGHT OF CRIMINOLOGY, BRIEF NOTES ON  
THE PRAGMATIC EFFECTIVENESS OF THE DECIPPING MEASURES AND THE  
APPLICATION OF THE NEW COOPERATIVE PROCESS**

**Gustavo de Carvalho Linhares<sup>117</sup>**

**RESUMO**

O presente artigo busca realizar uma breve reflexão sobre a eficácia dos juizados especiais criminais à luz da criminologia. Para tanto, faz um breve histórico dos juizados e da criminologia para verificar se, na atualidade, os juizados estariam ou não cumprindo seu objetivo. É feito um recorte sobre como a evolução da criminologia com pensamentos mais sociais e menos positivistas influenciou o processo penal brasileiro para, além do material, simplificar o processo penal e instituir medidas despenalizadoras, institucionalizadas com a criação dos juizados especiais criminais. Contudo, após mais de duas décadas da vigência da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, e suas leis correlatas, pode ser constatada uma possível aplicação equivocada, com o desvirtuamento dos seus institutos, frente à moderna criminologia e o processo penal constitucional, na qual o princípio da cooperação agora está positivado pelo CPC/2015. O que ora se busca demonstrar é a necessidade da retomada da teoria inicial da concepção dos juizados com a evolução constitucional do processo e da criminologia para um aprimoramento pragmático e social.

**PALAVRAS-CHAVE:** Criminologia. Juizados Especiais Criminais. Medidas despenalizadoras. Desvio. Cooperação.

**ABSTRACT**

The present article seeks to make a brief reflection on the effectiveness of special criminal courts, in the light of criminology, for this purpose, makes a brief history of the courts and criminology, so that the reader can reflect whether or not the courts are currently complying with your objective. It makes a clipping about how the evolution of criminology with more social and less positivist thoughts influenced the Brazilian criminal procedure to simplify the criminal process and institute decriminalizing measures, institutionalized with the creation of special criminal courts. However, after more than two decades of Law 9,099, dated September 26, 1995, and its related laws, a possible misapplication can be detected, with the distortion of its institutes, in the face of modern criminology and constitutional criminal proceedings, ehere the principle of cooperation is now affirmed by CPC/2015. What we will try to demonstrate is perhaps the need to retake the initial theory of the conception of the judges with the

---

<sup>117</sup> Mestrando em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Advogado.

constitutional evolution of the process and of criminology for a pragmatic and social improvement.

**KEYWORDS:** Criminology. Special Criminal Courts. Penalizing measures. Detour. Cooperation.

## 1. INTRODUÇÃO

Já é notório que o estudo do direito penal e processual penal não deve ocorrer de modo isolado e alheio a contribuições oriundas de outras disciplinas afins, tal como a criminologia<sup>118</sup>.

A partir da criminologia pode ser feito um estudo mais apurado do modelo consensual instituído pela Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995 (Lei dos Juizados Especiais), no qual são trabalhados os princípios da oportunidade, da autonomia da vontade e da desnecessidade da pena de prisão.

Nesse modelo de processo, a obrigatoriedade da ação penal é mitigada, ligando a ação penal pública às características típicas das ações privadas, criando institutos como da composição civil dos danos e da transação penal. Portanto, o microsistema dos juizados privilegiou a vítima pela possibilidade da reparação direta dos seus danos e buscou a ressocialização do infrator por vias alternativas, que não a via da restrição da liberdade.

Esse objetivo originário da concepção dos juizados estaria atualmente sendo atingido?

Neste artigo será feita uma breve reflexão sobre efetividade dos processos vinculados aos crimes ditos de menor potencial ofensivo à luz da moderna criminologia e do instituto da cooperação positivado no CPC/2015.

A intenção é tentar demonstrar a necessidade da retomada da teoria inicial da concepção dos juizados com a evolução constitucional do processo e da criminologia para um aprimoramento pragmático e social.

## 2. BREVE HISTÓRICO DA CRIMINOLOGIA E DOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS

A criminologia, por definição, pode ser caracterizada como a ciência empírica e interdisciplinar que se dedica ao estudo do delito, do delinquente, da vítima e do controle social.

O estudo da criminologia iniciou-se na época do iluminismo com a denominada teoria clássica, na qual os criminosos escolhiam violar a lei depois de pesarem os benefícios e

---

<sup>118</sup> “Foi ao tentar englobar este conjunto de disciplinas num unidade coerente e harmoniosa que *Von List* criou o designativo, que se tornaria justamente célebre, de ‘ciência global (total,universal ou conjunta)’ do direito penal.” (DIAS, 1992, p. 93)

consequências de suas ações. Após essa fase, inicia-se o positivismo, em que os criminologistas estavam convencidos de que havia fatores físicos e ambientais, além do controle das pessoas, para definir seu comportamento.

Após a fase do positivismo<sup>119</sup>, partindo da premissa que o fenômeno da criminalidade é mais amplo que o individualismo, que, no âmbito da criminologia, surgiu no início do século passado, nos Estados Unidos, a denominada Escola de Chicago, que tinha com objeto de estudo a cidade como influência principal para quem a habita, berço da moderna sociologia americana (e da sociologia em geral), nasceu na Universidade de Chicago, nos Estado Unidos, tendo como marco a teoria da ecologia criminal<sup>120</sup>.

Inicia-se certo distanciamento do positivismo, sobretudo do lombrosiano, e há o fortalecimento da visão criminal mais empírica, com a realização de estudos estatísticos identificadores das denominadas áreas de delinquência.

A evolução deste paradigma criminológico, menos positivista e mais social, seguiu com o surgimento, em meados do século XX, da chamada criminologia cultural, ligando o crime à cultura, e dos demais pensamentos da criminologia, com sua fragmentação, conforme um dos seus conceitos dogmáticos.

Foi também neste contexto de evolução social da criminologia, valorizando a visão da sociedade e, em especial, com a inclusão dos interesses da vítima frente à aplicação exclusiva da lei, que o ordenamento jurídico, além do direito material, passa a pensar e a se preocupar em buscar reações mais qualitativas com relação ao crime praticado.

O que a sociedade busca ou espera é a solução ou a procura da solução do problema, e não a fria aplicação da pena como castigo. Por isso, o consenso passa a ser mais valorado que o conflito, sobretudo em delitos de menor potencial ofensivo, nos quais a violência inexistente ou existe em menor intensidade.

Com essas luzes e inspirado pelos países vinculados à *Common Law*, que nos anos 1980, o Judiciário brasileiro institucionalizou, à semelhança das *Small Claim Courts* dos Estados Unidos, os juizados de pequenas causas, com a promulgação da já aperfeiçoada Lei n.º 7.244, de 7 de novembro de 1984<sup>121</sup>, possibilitando sobretudo maior acesso a justiça.

A aplicação da lei ao caso concreto, promovendo a justiça, é uma das funções primordiais do Poder Público. Para tanto, é necessário que o “sistema” ou ordenamento

---

<sup>119</sup> “Lombroso foi fundador da chamada antropologia criminal e, juntamente com Ferri e com Garofalo, encabeçou a chamada escola positivista.” (MENDES, 2014, p. 38).

<sup>120</sup> A teoria ecológica consiste em basicamente dois conceitos básicos, a desorganização social e as áreas de delinquência.

<sup>121</sup> Lei das Pequenas Causas (Primeira lei neste sentido do Brasil).

jurídico seja de fácil acesso a todos os cidadãos.

Em linhas gerais, conforme ensinam Cappelletti e Garth (1988, pp. 7-8), “acesso à justiça” é uma expressão que compreende duas ideias fundamentais: a de que o sistema de justiça deve ser igualmente acessível a todos e a de que este deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.<sup>122</sup>

O acesso a justiça não é somente o direito de ação, é também o respeito às garantias, a uma decisão justa, mas, sobretudo, a uma decisão útil.

A mobilização social em torno da necessidade de acesso à justiça teve grande importância nas décadas de 1960 e 1970 nos Estados Unidos<sup>123</sup> e em parte da Europa, em especial na Alemanha<sup>124</sup>, resultante da pressão dos movimentos sociais diante da recessão econômica e da diminuição de políticas públicas, o que acabou por aumentar a litigiosidade. Esse fenômeno de reorganização social das economias devastadas pela Segunda Grande Guerra mundial passou a ser identificado por Cappelletti como de “litigiosidade contida”. (MANCUSO, 2011, p. 140)<sup>125</sup>

A Carta Magna de 1988 conferiu-lhes (juizados), em seu art. 98, I<sup>126</sup>, status constitucional, posteriormente regulamentado pelas Leis nºs 9.099/1995<sup>127</sup> e 10.259, 12 de julho de 2001<sup>128</sup>, instituindo o denominado microssistema dos juizados especiais.

O Processo Penal – ferramenta para aplicação do Direito Penal – busca tornar-se menos formal, menos positivista<sup>129</sup>, com a criação dos juizados especiais. São instituídos

---

<sup>122</sup> “A expressão ‘acesso à Justiça’ é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos. [...] Sem dúvida, uma premissa básica será de que a justiça social, tal como desejada por nossas sociedades modernas pressupõe o acesso efetivo.” (CAPPELLETTI e GARTH, 1988, p. 8)

<sup>123</sup> Destaque para as *Small Claims Courts*.

<sup>124</sup> Na Europa, merece destaque o “Modelo de Stuttgart”, em que o juiz oferecia previamente às partes a oportunidade de uma conciliação.

<sup>125</sup> A esse contexto acrescentou-se, como ingrediente complicador, o fato de o Estado do bem estar social – *Welfare State* – e, depois o Estado – Providência, terem criado grandes expectativas, sinalizando benesses e prestações sociais, as quais, não resultando atendidas ou sendo insuficientemente ofertadas, geraram bolsões de insatisfação e focos de tensão ao interno da coletividade.

<sup>126</sup> Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I - juizados especiais, providos por juizes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumariíssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juizes de primeiro grau.

<sup>127</sup> Atual Lei dos juizados especiais.

<sup>128</sup> Lei dos juizados especiais federais.

<sup>129</sup> “Revendendo-se alguns conceitos e institutos, tais como o regime das provas, o julgamento com base em equidade, os poderes do juiz, os princípios dispositivos, da livre iniciativa, da eventualidade, do devido processo legal, a questão do formalismo procedimental, as nulidades, contraditório”. (TOURINHO NETO, 2007, p. 48)

critérios de oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade<sup>130</sup>, tornando o processo mais condensado e simplificado. Para Tourinho Neto (2007, p. 490):

O objetivo do processo perante o Juizado Especial é, sempre que for possível: a) não aplicar pena privativa de liberdade; b) reparar os danos sofridos pela vítima (art. 62 da Lei 9.099/1995). Nas infrações de menor potencial ofensivo, de baixa lesividade social, a vítima, geralmente, sofre mais um prejuízo de ordem patrimonial do que físico-moral.

A criação dos juizados especiais criminais representou a maior alteração já feita no Processo Penal brasileiro, desde a edição do Código de Processo Penal em 1941, recepcionando, no ordenamento nacional, a criminologia crítica e seu discurso minimalista, consequência do pós-modernismo e da evolução acima destacada.

Sem dúvida o modelo dos juizados, inspirado pelo princípio da intervenção mínima do Direito Penal, visou dificultar a aplicação da pena de prisão e, algumas vezes, até mesmo a instauração e prosseguimento do processo.

Segundo Prado (1999, p. 186), “as inovações incorporadas ao cenário do processo penal brasileiro”, por meio da Lei nº 9.099/1995, “procuram acompanhar os grandes movimentos ideológicos, políticos e culturais que têm motivado os ramos mais progressistas da criminologia, no chamado mundo moderno”.

Por meio de suas medidas despenalizadoras, foram rompidas ideologias até então vigentes, foram então criados os institutos da composição civil, da transação penal, da representação nas lesões leves e culposas e da suspensão condicional do processo.

Recepcionados como “depositário de expectativas de transformação de um obsoleto, seletivo e estigmatizante sistema de justiça criminal”, e como um dos maiores avanços em termos de política criminal, por trazer consigo diversas propostas despenalizadoras, os JECRIm são competentes pelo processamento e julgamento do crimes de menor potencial ofensivo, definidos como aqueles cujas penas máximas não ultrapassem dois anos de prisão”, e trouxe consigo as promessas de reduzir a morosidade da justiça, aumentar a aplicação de medidas despenalizadoras e reduzir a impunidade. (ACHUTTI, 2014, p. 147)

Após mais de duas décadas de aplicação, a inovação processual (criação dos juizados) – que, em um primeiro momento, mostrou-se como sendo uma evolução processual penal com a sua “desburocratização” e socialização (ou humanização), minimizando as penas restritivas de liberdade e aumentando as penas alternativas – pende para uma aplicação errática, com a desnecessária judicialização de conflitos, que deveriam ou poderiam ser resolvidos de forma diversa, e com o autoritarismo que, muitas vezes, viola o garantismo e o devido processo legal.

Ou seja, se, em teoria, a Lei dos Juizados foi concebida para uma intervenção mínima;

---

<sup>130</sup> Lei nº 9.099/1995. Art. 2º O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação.

na prática, está se mostrando com aplicação contrária, quer seja porque a mínima intervenção ocorre em casos nos quais efetivamente não há crime, quer seja, quando há, porque as garantias mínimas penais e processuais não estão sendo observadas.<sup>131</sup>

### **3. CRÍTICA À APLICAÇÃO PRÁTICA DA LEI DOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS**

Os institutos da composição civil dos danos e a transação penal acabam por trazer, para o judiciário penal, discussões muitas vezes de natureza cível que poderiam, certamente, ser resolvidas sem a necessidade de intervenção do um magistrado penal. Afinal o que seria um crime propriamente dito? E o que seria um crime de menor potencial ofensivo?

Respostas legalistas<sup>132</sup> iriam de encontro à moderna evolução tanto da criminologia como do moderno e constitucional processo penal, sobretudo da correta justiça de pequenas causas. A tendência social da intervenção mínima do direito penal caminha no sentido de que o Estado Juiz no âmbito criminal não deveria intervir em questões que poderiam ser solucionadas na esfera cível, ou mesmo, na administrativa.

A aplicação do Direito Penal deve ocorrer somente, quando os demais ramos do Direito se revelam incapazes de solucionar o conflito social e dar proteção a bens jurídicos.

Shecaria (2008, pp. 48-60) leciona que o delito é um fenômeno social e comunitário. Mas, o que levaria este fenômeno social e comunitário a se tornar um delito do ponto de vista formal, isto é, um fato previamente tipificado? “Quais são os critérios ensejadores de cristalização de uma conduta como criminosa?”. O aludido autor cita quatro vertentes criminológicas que devem ser observadas previamente pelo legislador antes da tipificação de qualquer conduta como criminosa, vejamos:

- a) Incidência massiva do fato na população. Ou seja, não será qualquer fato isolado, ainda que tenha causado certa comoção, que vai ensejar na criação de um crime. Salienta que “se o fato não se reitera, desnecessário tê-lo como criminoso”.
- b) Incidência aflitiva do fato praticado. Significa dizer que os fatos sem qualquer relevância para a nossa sociedade sejam incriminados. Por isso se dizer que o direito penal deve intervir quando o fato pernicioso produzir dor na vítima ou na sociedade.
- c) Persistência espaço-temporal do fato. Aduz que “Não há que ter como delituoso um fato, ainda que seja massivo e aflitivo, se ele não se distribui por nosso território, ao longo de um certo tempo”.
- d) Inequivoco consenso do fato como criminoso. O fato deve despertar no seio doutrinário um sério comprometimento ao convívio social. Assim, deve haver um consenso na comunidade jurídica que determinado fato deve ser combatido pelo direito penal, e não por outros meios de intervenção na criminalidade. (SHECARIA, 2008, pp. 48-60)

---

<sup>131</sup> “O atual estágio do sistema consensual brasileiro, tendencialmente burocratizante em razão do menosprezo com que muitos Tribunais o estão considerando e antigarantista, nos leva a concluir que a flexibilização das garantias penais e processuais penais que caracteriza a moderna desformalização do Direito penal, sempre pode implicar no grave risco de não se praticar nem sequer as garantias mínimas.” (MOLINA, 2013, p. 232)

<sup>132</sup> Como, por exemplo, a definição clássica de fato típico, antijurídico e culpável.



A sociedade não tolera mais a movimentação da máquina judiciária com os custos a ela inerentes para tratar de questões facilmente solucionadas por outros mecanismos que não a *ultima ratio* que deveria ser o Direito Penal, inclusive, dificultando a supressão do sistema penal, condutas que não mais mereceriam esta tutela tão nobre.

O Direito Penal é um dos meios de ação que a sociedade dispõe para lutar contra a criminalidade, porém, ele possui um papel limitado nesse combate. O Estado Moderno, por outro lado, dispõe de um verdadeiro arsenal de meios extrapenais para cumprir com eficácia sua função protetora da ordem social.

Pergunta-se: O que a sociedade espera do Direito Penal? Uma máxima intervenção nos pequenos ilícitos, funcionando pela máxima proteção da sociedade?

O novo Código de Processo Civil, com viés mais constitucional, aplicado subsidiariamente no Processo Penal<sup>133</sup>, que por sua vez é aplicado subsidiariamente no âmbito dos juizados<sup>134</sup>, aponta novos institutos, como o policentrismo e a colaboração<sup>135</sup> (absolutamente compatível com os princípios dos juizados), melhor fundamentando a simetria e o contraditório, tornando o processo mais humano e participativo, vedando as surpresas e sendo o meio para um fim e não um fim em si mesmo.

Nesse sentido, necessário se faz uma avaliação mais criteriosa do caso concreto para que, por um lado, seja valorizado o Direito Penal como *ultima ratio*, subsidiário<sup>136</sup> e fragmentário, intervindo minimamente na sociedade, sobretudo, nos delitos de pequena monta, e, por outro lado, mantendo este avanço conquistado que é o juizado, frente a forte tendência “paleorepressiva”.

Certo é que os juizados continuam com os mesmos problemas apontados por Alexandre Wunderlich (*apud* Achutti, 2014, p. 156) no início deste século: a) excessivo número de conflitos e a burocratização judicial, b) processo de seletividade exercido pela vítima e o seu “poder denunciante”, c) despreparo dos juizes para atuarem como conciliadores, d) ausência das vítimas nas audiências, e) conciliações infrutíferas, f)

---

<sup>133</sup> Por força do artigo 3º do CPP: “A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito”.

<sup>134</sup> Lei 9.099/95. Art. 92. Aplicam-se subsidiariamente as disposições dos Códigos Penal e de Processo Penal, no que não forem incompatíveis com esta Lei.

<sup>135</sup> CPC/2015: “Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”. Essa tendência pode ser fundamentada através do procedimento argumentativo da busca cooperativa da verdade de Habermas (2003, p. 283).

<sup>136</sup> “O princípio da subsidiariedade expressa a necessidade de hierarquizar e racionalizar os meios disponíveis para responder ao problema criminal adequada e eficazmente. Uma autêntica exigência de “economia social”, em que haverá a opção a favor da intervenção menos lesiva, ou limitada dos direitos individuais, pois ao Direito Penal deve ser reservar o lugar de último recurso para o uso de uma sanção.” (ROBERTI, 2001, p. 103).

descumprimento da forma legal prevista para a audiência preliminar, g) audiência sem a presença do MP e as partes sem assistência, h) dificuldade para arquivamento do processo, ausência de critério razoável para oferecimento de transação penal, e a imposição de sua aceitação pelo acusado, i) transação penal como possibilidade de pena sem processo.

Dados empíricos já constataram essa fragilidade do sistema, como afirma Vitto (2005, p. 41):

Em 1995, ano de edição da alvissareira Lei 9.099/95, a população prisional equivalia a 148.760. Em 2003, esse número mais que dobrou, atingindo 308.304 encarcerados. Nesse mesmo período, triplicamos o número de vagas do sistema prisional e quaduplicamos o número de estabelecimentos prisionais, mas o déficit de vagas subiu em 50%.<sup>137</sup>

Quanto à transação penal, na teoria brilhante medida despenalizadora, os cidadãos são estimulados a reconhecer a culpa de crimes que são acusados mesmo com poucos indícios ou indícios inexistentes, para afastar um processo penal que é constrangedor e arriscado pela sua própria natureza, ou seja, o sistema passa a reprimir condutas até então suportadas pela sociedade.<sup>138</sup>

Ademais, não se diminui a estigmatização do acusado com a aplicação de uma justiça negociada, porque, em modelos como o nosso, a rotulação se dá em massa, pois, conforme preleciona Karam (2004, p.46): Ainda que a consentida submissão à pena não implique admissão expressa de culpabilidade, mas somente a não resistência à pretensão punitiva, como ocorre no ordenamento jurídico brasileiro, a ideologia entronizadora da confissão se faz nitidamente presente. (AZEVEDO, 2013, p. 197)

Portanto, segundo Achutti (2014) quanto à aplicação da Lei nº 9.099/1995, pouca alteração foi verificada em relação ao panorama da justiça criminal, não houve evolução quanto à reparação das vítimas, sobretudo nos casos de violência doméstica; os procedimentos foram colonizados por rotinas procedimentais da justiça criminal tradicional, sem o abandono do formalismo. A celeridade acabou por ser atropelada pela máxima produtividade e a transação penal passou a ser verificada como verdadeiro constrangimento ilegal.

Além disso, a sobreposição dos atores jurídicos em relação às partes e o uso demasiado da linguagem técnica, aliados a poucas conciliações, não colaboram para a solução efetiva do conflito.

Os meios previstos pela Lei n. 9.099, que poderiam ser utilizados como instrumentos importantes para proporcionar um acesso qualificado à justiça, foram absorvidos pela dinâmica interna e burocrática do sistema de justiça criminal e passaram a ser utilizados como ferramentas para o alcance de fins meramente administrativos, e não aqueles que se buscam alcançar através do sistema de justiça,

---

<sup>137</sup> Segundo dados do DEPEN – MJ, extraído do livro de Vitto (2005, p. 41).

<sup>138</sup> “Dessa forma, a simples ameaça do processo passou a ser a principal moeda de troca para convencer a pessoa suspeita da prática do fato delitivo a assumir uma pena – ainda que não intencional – sem que haja o mecanismo inerente ao devido processo legal, garantido legalmente a partir da Constituição Democrática de 1988”. (SHECARIA, 2000, p. 409)

como a resolução satisfatória do caso, por exemplo. (ACHUTTI, 2014, p. 188)

Ou seja, embora em uma abordagem superficial, há possibilidade de constatação de uma aplicação prática contrária ao espírito da lei dos Juizados, em que a compreensão dos reais objetivos desse sistema só é possível quando verificada sob a análise da política criminal que está sendo praticada atualmente em nosso país.

Especificamente quanto à justiça criminal brasileira, a abertura de novos caminhos não é apenas a busca por algo novo: é, além disso, também a busca pelo abandono do velho, do arcaico, daquilo que serve apenas para refletir as aberrantes desigualdades sociais e potencializar a violação de direitos apenados, presos provisórios, acusados e investigados, e de todos os seus familiares e pessoas próximas. Ao contrário do que indicam os manuais e deseja a Constituição, a pena transcende – e muito – a pessoa do condenado. (ACHUTTI, 2014, p. 188)

A partir deste sistema, que necessita ser aprimorado na prática, ou seja, mais humanizado, surgem novas correntes, como a da justiça restaurativa e, até mesmo, a do abolicionismo penal.

Segundo Achutti (2014), a justiça restaurativa, desde que bem estruturada, pode ser um instrumento útil, tanto para reduzir a atuação danosa do sistema penal no Brasil, quanto para potencializar a democracia na gestão dos conflitos interpessoais.

A justiça restaurativa representa um novo paradigma aplicado ao processo penal, que busca intervir de forma efetiva no conflito que é exteriorizado pelo crime, e restaurar as relações que foram abaladas a partir deste evento. [...] O modelo de justiça restaurativa busca intervir positivamente em todos os envolvidos no fenômeno criminal. Pretende tocar a origem e a causa daquele conflito e, a partir daí, possibilitar o amadurecimento pessoal do infrator, a redução dos danos aproveitados pela vítima e comunidade, com notável ganho na segurança social. (VITTO, 2005, p. 49).

Em posição mais “radical”, Hulsman (apud ACHUTTI, 2014, p. 189) aponta que deveria ocorrer a abolição do sistema penal com sua substituição por mecanismos descentralizados de administração de conflitos com a participação ativa da vítima e do ofensor, abandonando inclusive o conceito de “crime” para “soluções problemáticas”, “conflitos”, “comportamentos indesejados” etc.

#### **4. O PROCESSO CONSTITUCIONAL, A POSITIVAÇÃO DO INSTITUTO DA COOPERAÇÃO**

Foi neste espírito de buscar a solução que o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT) estabeleceu um programa piloto de Justiça Restaurativa, com base legal na própria Lei de Juizados Especiais.

Nesse sentido destaca-se o trabalho que se inicia no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios que visa a instruir comissão para o estudo da adaptabilidade da Justiça Restaurativa à Justiça do Distrito Federal e desenvolvimento de ações para a implantação de um projeto piloto na comunidade do Núcleo Bandeirante. (VITTO, 2005, p. 141)

A nova concepção de processo, estabelecida pelo CPC/2015 pode dar um novo parâmetro, agora positivado, no qual a justiça restaurativa possa valer-se dos fundamentos e princípios da denominada justiça colaborativa.

Na passagem do processo positivista<sup>139</sup>, cabendo à jurisdição o papel de declarar a vontade concreta da lei, para o denominado processo formal valorativo<sup>140</sup>, passa-se a ver o processo à luz do Direito Constitucional e sob a perspectiva dos direitos fundamentais.

Há uma valoração do papel de todos os que dele participam, sobretudo, juiz, autor e réu, formando-se, assim, o modelo cooperativo de processo, baseado na dialética participativa constitucional<sup>141</sup>.

Nessa passagem considerada uma verdadeira evolução, o magistrado deixa de se preocupar simplesmente com a aplicação concreta da lei, para a aplicação e preservação das garantias constitucionais, tornando-se verdadeiro garantidor do processo justo.

O juiz imparcial, agora menos neutro, passa a atuar mais na estrutura dialógica do processo judicial, de modo a corrigir e colaborar proporcionando pleno esclarecimento das partes<sup>142</sup>.

O processo passa a ser equiparado a uma “minidemocracia”, ou “microcosmos” do Estado de Direito, por ser construído em clima de liberdade e com abertura para a participação efetiva dos seus sujeitos, no qual as partes tendem a ser tratadas segundo as regras de isonomia, e tende a ser mais republicano. (FELICIANO, 2016, p. 175)

Foi nesse espírito de um processo mais “garantista” que houve a positivação de vários institutos no CPC/2015, propondo-se no Brasil um modelo de processo constitucional, no qual o processo nacional deve ser concebido como um meio para efetivação de valores constitucionais, devendo buscar resultar em um julgamento de mérito, justo, eficaz e rápido<sup>143</sup>.

Da lógica evidente à lógica dialética, do monólogo jurisdicional ao diálogo judiciário. O processo, agora, mais plural, mais informado, seria considerado equiparado a direito fundamental de quarta dimensão, conforme lição de Paulo Bonavides. (NOVELINO, 2008, p. 229)

---

<sup>139</sup> Que é visto como instrumento da realização do direito material.

<sup>140</sup> A partir do surgimento do Estado de Direito Social e, com ele, o Estado de Direito Constitucional.

<sup>141</sup> Art. 5º CF/1988 – “devido processo legal”.

<sup>142</sup> “Esta imparcialidade traduz-se numa independência entre as partes, mas no contexto de princípio da igualdade, imparcialidade não é sinônimo de neutralidade: a imparcialidade impõe que o juiz auxilie do mesmo modo qualquer das partes necessitadas ou, dito de outra forma, implica, verificada as mesmas condições, o mesmo auxílio a qualquer delas; a neutralidade determina a passividade do juiz perante a desigualdade substancial das partes.” (FELICIANO, 2016. p. 178)

<sup>143</sup> Conforme arts. 4º e 6º CPC/2015.

É nesse sentido que se demanda uma justiça, ou máquina judiciária coexistencial, em que os jurisdicionados possam compor e influenciar, prévia e eficazmente, a decisão final, participando ativamente do processo e fazendo adequações às peculiaridades do caso concreto, propiciando uma gestão compartilhada, coparticipativa, legitimadora da função do Estado.<sup>144</sup>

No âmbito doméstico, a doutrina nacional, mesmo antes do CPC/2015, já reconhecia a presença do princípio da cooperação, como parte integrante do devido processo legal. Todavia, não expressamente positivado no Código, portanto, sem a mesma força cogente.

Com esta “positivação”, busca-se demonstrar uma nova e forte tendência no nosso ordenamento jurídico, com a inclusão deste princípio como norma.

Preliminarmente, deve-se verificar que a cooperação ou a colaboração processual, com a sua positivação, passou de apenas um princípio, manifestando-se na prática diária das partes, dos juízes e dos auxiliares da Justiça, para uma norma cogente, portanto, vinculante.

A tipificação infraconstitucional dessa projeção do contraditório reforça a necessidade de se observar os deveres impostos pelo princípio do devido processo constitucional e, em o fazendo, vincula todos os sujeitos do processo à necessária observância de seus ditames.

Ou seja, quando se fala em cooperar, seria cooperar com a decisão judicial por meio do contraditório, agora limitado.

A tendência do processo à luz da constituição é de ofertar uma base normativa para diminuir a “patologia”, segundo alguns doutrinadores, dos interesses não cooperativos, passando a fazer do processo um diálogo genuíno e, portanto, fortalecendo a solução de conflitos.

## 5. CONCLUSÃO

Estudos modernos, como o da justiça restaurativa e até mesmo de algumas hipóteses do abolicionismo, poderiam ser pensados para uma maior e melhor aplicação no âmbito das pequenas causas criminais. Além da retomada da concepção originária dos juizados com a correta aplicação da sua teoria com um viés criminológico e sem autoritarismo.

Com o advento dos juizados especiais criminais, o processo de certa forma ficou mais “democrático”. A vítima passou a ter mais importância dentro do processo, passando a ser uma figura de relevo. Esse acesso ampliado à justiça passa a ser considerado como verdadeiro exercício da cidadania.

---

<sup>144</sup> A cooperação ou modelo colaborativo de processo presente em vários modelos internacionais de processo também está contemplado como exemplo no art. 16 do Código de Processo Civil Francês e no art. 7 Código de Processo Civil Português.

Portanto, hão de ser intensificados os esforços na efetividade do alcance da lei, sobretudo com o aumento de conciliações, potencializando a solução da questão “penal” por meio de solução cível do conflito (composição), ou mesmo, na outra ponta, por meio da inclusão de um maior número de ilícitos no escopo dos juizados, desde que não impliquem o uso da violência, ampliando e potencializando sua aplicação. Sempre com análise apurada do fato típico, para que o Direito Penal não seja acessório das áreas administrativa ou cível, mas sim *ultima ratio*, e para que não haja abusos na aplicação das medidas despenalizadoras, desvirtuando sua verdadeira aplicação.

O modelo cooperativo de processo, agora tipificado no ordenamento jurídico com a sua positivação pelo novo CPC/2015, traz novas possibilidades, podendo, pela sua aplicação subsidiária no processo penal e, sobretudo, nos juizados, ser uma alternativa para este desvirtuamento da aplicação dos juizados especiais criminais estaduais, buscando sua correção e correta aplicação pragmática.

Os juizados especiais criminais têm muito a oferecer e a ser explorado, dependendo apenas do comprometimento dos envolvidos no seu procedimento (cooperação) e, sobretudo, do fim social da norma, sendo necessário, no nosso entendimento, reformular o microsistema dos juizados criminais no aspecto pragmático e social e, sobretudo, criminológico, para a concreta evolução constitucional do processo penal, em benefício da sociedade e do bem estar comum.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça restaurativa e abolicionismo penal**: contribuições para um novo modelo para administração de conflitos no Brasil. São Paulo: Ed. Saraiva, 2014.

AZEVEDO, Nayara Aline Schmitt. Apontamentos para uma abordagem criminológica do sistema socioeducativo a partir da aproximação entre o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Lei dos Juizados Especiais. **Revista de Direito da Infância e da Juventude**. São Paulo: IBCCRIM, v. 2, 177- 201, jul-dez 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 3 mar. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 3 mar. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 7.244, de 7 de novembro de 1984**. Dispõe sobre a criação e o funcionamento do Juizado Especial de Pequenas Causas. Revogada pela Lei nº 9.099, de 1995 Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1980-1988/L7244.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/L7244.htm)>. Acesso em: 3 mar. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis

e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm)>. Acesso em: 3 mar. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001.** Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 3 mar. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 3 mar. 2017.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia: O homem delinquente e a sociedade criminógena.** Coimbra: Coimbra, 1992.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. Processo social, princípio da cooperação processual e poderes assistenciais do juiz: aplicações ao processo civil e ao processo do trabalho. **Revista Legislação do Trabalho.** São Paulo: Editora LTR, ano 80, nº 3, pp. 303-324, março de 2016.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e democracia.** Rio de Janeiro: Ed. Tempo Brasileiro, 2003.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça:** condicionantes legítimas e ilegítimas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MENDES, Soraia da Rosa. **Criminologia feminista:** novos paradigmas. São Paulo. Saraiva, 2014.

MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia:** introdução aos seus fundamentos teóricos. Tradução: Luiz Flávio Gomes. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora RT, 2013.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional.** 2 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Método, 2008.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório:** a conformidade constitucional das leis processuais penais. Rio de Janeiro, Lumen Júris, 1999.

ROBERTI, Maura. **A intervenção mínima como princípio no Direito Penal brasileiro.** Porto Alegre: Ed. Sergio A. Fabris, 2001.

SHECARIA, Sérgio Salomão. Temas atuais de criminologia. **Revista Brasileira de Ciências Criminais.** Temas atuais de criminologia. São Paulo: IBCCRIM, n. 29, pp. 400 a 411, 2000.

\_\_\_\_\_. **Criminologia.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

VITTO, R. C. P. de; SLAKMON, C.; PINTO, R. G. (orgs.). **Justiça restaurativa.** Coletânea de artigos. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), 2005.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa. **Juizados especiais federais cíveis e criminais.** 2. ed. São Paulo: Editora RT, 2007.

**CONTRATAÇÃO IRREGULAR DE TERCEIROS PELA ADMINISTRAÇÃO  
PÚBLICA: DELINEAMENTOS PARA A CONFIGURAÇÃO DE ATO DE  
IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**

**HIRING ILLEGAL THIRD PARTY FOR PUBLIC OFFICE: DELINEATIONS FOR  
CONFIGURATION OF IMPROBE ACT**

**Júlio César Souza dos Santos<sup>145</sup>**

**RESUMO**

O presente artigo visa examinar a possibilidade de responsabilização por ato de improbidade administrativa, de acordo com a Lei nº 8.429/92, diante da contratação irregular de terceiros pela Administração Pública, a qual pode se dar através de irregularidades na contratação temporária por excepcional interesse público e na terceirização. Neste contexto, a partir de uma análise teórico-descritiva buscar-se-á demonstrar a caracterização de ato ímprobo quando tais contratações não observarem determinados requisitos. Os requisitos em questão serão sistematizados tomando como substrato as exigências legais e constitucionais a partir de uma leitura principiológica e teleológica destes institutos. Desta forma, buscar-se-á, a um só tempo, identificar critérios para afastar condenações desproporcionais diante da prática de meras irregularidades, em regra sanáveis, assim como para punir os maus gestores por atos administrativos eivados de desvio de finalidade, em clara afronta aos princípios e às regras que norteiam a atividade da Administração Pública.

**PALAVRAS-CHAVE:** Contratação temporária. Terceirização. Desvio de finalidade. Proporcionalidade. Improbidade.

**ABSTRACT**

This article aims to examine the possibility of accountability for acts of “administrative improbity”, as defined by the Law nº 8.429/92, in face of the irregular hiring of third parties by the Public Office, which may be attained through irregularities in the temporary hiring by excepcional public interest and in outsourcing. In this context, from a theoretic-descriptive analysis, we will try and demonstrate the description of “improbe act” when such hiring don't comply with certain legal requirements. Such requirements will be codified in light of the legal and constitutional requirements, based on principles and teleology standpoint. This way we will try and identify, at once, both the criteria on which to repel disproportionate punishment in face of mere misdemeanors, as a rule rectifiable, as well as to punish bad managers for administrative acts riddled with ends desviation, which clearly affronts the principles and rules that guide the Public Office activity.

**KEYWORDS:** Temporary hiring; Outsourcing; Deviation of purpose; Proportionality; Misconduct.

---

<sup>145</sup> Especialista em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC/MG). Graduado em Direito e em Biomedicina pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Servidor do Ministério Público Federal.



## 1. INTRODUÇÃO

Em especial relevo dado ao princípio da isonomia, a Constituição Federal de 1988 passou a exigir, em regra, a realização de concurso público para o provimento de cargos e empregos públicos diante da necessidade de pessoal para a prestação dos serviços estatais. Atualmente, entende-se que tal exigência abrange não apenas os órgãos da Administração Direta, mas também as entidades da Administração Indireta, sejam públicas, como as autarquias e as fundações públicas de direito público, sejam privadas, como as fundações públicas de direito privado, empresas públicas e sociedades de economia mista, independentemente de prestarem serviço público ou exercerem atividades econômicas.

Entretanto, dado o imenso tamanho da máquina estatal e seu amplo espectro de atuação, nem sempre é possível ou recomendável que o exercício de tais atividades se dê através de servidores públicos efetivos, sob pena de prejuízo ao interesse público. Dessa forma, torna-se possível, em caráter excepcional, a contratação precária de terceiros pela Administração Pública.

Nesse contexto, esta espécie de contratação caracteriza-se pela formação de vínculo transitório entre a Administração Pública e terceiros, apresentando-se, de forma geral, através de duas vertentes: contratação temporária por excepcional interesse público e terceirização. Caracterizadas pela contratação célere e econômica, tais contratações são amplamente utilizadas como meio de proporcionar o exercício de funções públicas de forma mais flexível.

Com efeito, não obstante a existência de diplomas regulamentadores destas matérias e da necessidade de conformação dos atos de admissão com os princípios norteadores da Administração Pública, é comum e recorrente a existência de vícios na celebração destes contratos.

Assim, a partir de uma breve apresentação do conceito moderno de improbidade administrativa e da contextualização destas contratações precárias, verifica-se a possibilidade de delineamento de fatos ou atos capazes de demonstrar a prática de ato ímprobo diante da ocorrência de tais situações.

Nessa ordem de ideias, o presente estudo visa estabelecer vetores para a caracterização de atos de improbidade administrativa diante de vícios existentes nestes contratos. De forma específica, pretende-se explicar em que medida tais circunstâncias podem influenciar para a configuração do ato ímprobo e as possíveis causas excludentes do dolo necessário para tal ocorrência.

As sanções previstas como consequência da prática de atos ímprobos são severas e exigem, na análise do caso concreto, a ponderação necessária para evitar condenações

abusivas, o que demonstra a importância da discussão acerca da delimitação dos atos em questão.

## **2. LINHAS GERAIS ACERCA DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**

Etimologicamente, o vocábulo “probidade” é originário do latim *probitas*, do radical *probus*, que significa *crescer retilíneo* (expressão usualmente aplicada às plantas). Posteriormente, foi utilizada em sentido moral, de forma a dar origem aos termos relacionados à aprovação e reprovação. Significa, assim, a atitude de respeito total aos bens e direitos alheios, apresentando-se como ponto fundamental para a integridade do caráter (SERRANO; PAZETO, 2014, p. 49).

Dessa forma, a despeito da dificuldade na conceituação do que seria improbidade administrativa, o termo pode ser compreendido como o ato ilícito, praticado por agente público ou terceiro, comumente de forma dolosa, contra as entidades gestoras de recursos públicos, capaz de ocasionar enriquecimento ilícito, lesão ao erário ou violação aos princípios que regem a Administração Pública.

No entanto, a improbidade não se confunde com mera ilegalidade ou com a conduta em desacordo com a lei, pois, se tal raciocínio fosse verdadeiro, a quase totalidade das irregularidades administrativas implicaria em atos ímprobos (RIZZARDO, 2014, p. 354). Por conseguinte, é de suma importância delinear peculiaridades para a correta caracterização e imputação do ato de improbidade administrativa ao gestor público diante da prática de atos de maior gravidade, violadores de princípios e deveres fundamentais da Administração Pública, principalmente quando se tem em vista a gravidade das sanções previstas na Lei nº 8.429/92.

Corroborando com esta necessidade a postura de parte da doutrina que, na tentativa de inovar, busca construir um conceito “seletivo” de improbidade, sempre circundando por um número tal de exceções que dificulta a individualização das próprias regras propostas pela Lei nº 8.429/92. Apesar de reconhecerem o caráter normativo dos princípios constitucionais, tais ideias não costumam visualizar nestes princípios elementos estruturais da improbidade administrativa, o que termina por demonstrar curiosa contradição (GARCIA; ALVES, 2013, p. 102).

E mais: como substrato desta postura seletiva, defendem a necessidade de garantir a segurança jurídica dos agentes públicos, que poderiam ser atingidos por uma ampla liberdade valorativa do intérprete no delineamento de princípios. No entanto, ignoram que o *caput* do art. 37 da Constituição dispõe expressamente sobre o dever de observância, pelos agentes públicos, dos princípios regentes da atividade estatal (GARCIA; ALVES, 2013, p. 103).

Tendo como pano de fundo esta discussão e utilizando-se do princípio da proporcionalidade como balizador, será apresentada uma análise acerca dos requisitos das contratações em questão e a consequente possibilidade de desvio de finalidade. Com efeito, visa-se oferecer substratos para uma maior efetividade no combate à improbidade, fato crucial à preservação do princípio da moralidade administrativa e ao desenvolvimento dos serviços públicos.

### **3. CONTRATAÇÃO IRREGULAR DE TERCEIROS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

O exercício precário de atividades na Administração Pública caracteriza-se pela existência de relações de trabalho marcadas pela instabilidade entre o Estado e terceiros – pessoas físicas, intermediadas ou não por pessoas jurídicas. Com efeito, as relações em questão ostentam as características de excepcionalidade e temporariedade, haja vista que a Constituição Federal exige, em regra, que as atividades estatais sejam exercidas por agentes regularmente aprovados em concurso público.

Nesse sentido, apresentando-se a contratação precária em desacordo com os diplomas legais regulamentadores da matéria ou diante da violação aos princípios norteadores da atividade administrativa, estará caracterizada, em tese, a contratação irregular de terceiros.

De modo geral, é possível observar o desvirtuamento deste instituto de duas formas: pela contratação irregular de indivíduos para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público, em desacordo com a previsão constitucional do art. 37, IX, ou através da contratação de indivíduos por meio de empresas prestadoras de serviço para a realização de atividades típicas de cargos efetivos através da terceirização.

Os servidores previstos no art. 37, IX, da Constituição Federal, são contratados para exercer funções em caráter temporário, mediante regime jurídico especial a ser disciplinado em lei de cada unidade da federação<sup>146</sup>. Estes servidores não ocupam cargo, mas função pública, cujo provimento não exige, necessariamente, a realização de procedimento concorrencial, dado que a urgência na contratação muitas vezes é incompatível com a demora na realização do certame (DI PIETRO, 2014, p. 606).

Por outro lado, a terceirização constitui-se em fenômeno pelo qual há a formação de um modelo trilateral diante da contratação de mão de obra (obreiro) por intermédio de empresa prestadora de serviços (contratada) para a realização de tarefas na empresa tomadora de serviços (contratante), que neste caso será a Administração Pública.

---

<sup>146</sup> Na esfera federal, a contratação temporária, com base no artigo 37, IX, está disciplinada pela Lei nº 8.745, de 9 de dezembro de 1993, alterada por leis posteriores.

Através desta espécie de contratação, o trabalhador insere-se no processo produtivo do tomador de serviços sem que se estendam a este os laços justralhistas, que permanecem juntos à empresa prestadora de serviços. Por conseguinte, a administração, ao terceirizar serviços, recebe a prestação da atividade mas não assume a posição clássica de “empregador” (DELGADO, 2012, p. 832).

### **3.1. CONTRATAÇÃO POR EXCEPCIONAL INTERESSE PÚBLICO E CONFIGURAÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**

O art. 37, IX, da Constituição Federal, trouxe aos entes estatais, a título de exceção à regra do concurso público, a possibilidade de realizar contratações por tempo determinado e em caráter excepcional. Trata-se, na verdade, de suprimento de pessoal diante de contingências que fujam da normalidade e que presumem, portanto, admissões provisórias que reclamam satisfação imediata e temporária (MELLO, 2015, p. 292).

Inicialmente, o texto constitucional em questão trata-se, na clássica sistematização de José Afonso da Silva, de norma constitucional de eficácia limitada, porquanto afirma que “a lei estabelecerá” os casos em que tais contratações são permitidas. Desta maneira, a lei regulamentadora deverá ser editada pelo ente federativo que pretender realizar tais contratações, de acordo com seus interesses, sendo vedada, portanto, a utilização de lei editada por outro ente (CARVALHO FILHO, 2013, p. 604).

O próprio dispositivo em questão norteia que tal relação é de natureza contratual. Trata-se, na verdade, de contrato administrativo de caráter funcional, que diverge dos contratos administrativos de caráter geral por expressar um vínculo de trabalho entre a Administração Pública e o servidor. Neste caso, o contratado temporariamente não exerce cargo efetivo, mas desempenha função pública submetida a regime especial de contratação, ou seja, é mero prestador de serviço que exerce atribuições públicas sem ocupar cargo ou emprego público (FURTADO, 2007, p. 876).

Dessa maneira, a contratação por excepcional interesse público deve obedecer, ao mesmo tempo, às exigências constantes na Constituição Federal e nas leis editadas por cada ente da federação, que devem estar calcadas nos princípios norteadores da Administração Pública, sob pena de caracterizar, em tese, ato de improbidade administrativa. Na busca de uma breve sistematização, para a legítima contratação excepcional deve o administrador atentar aos seguintes requisitos:

*a) Existência de lei regulamentar:* para a realização das contratações temporárias deve existir lei específica do ente federativo que pretende contratar, disciplinando os casos que

ensejam tais contratações; o procedimento para a seleção e os casos nos quais esta é dispensada; o prazo máximo de celebração do contrato e a possibilidade de prorrogações; a quantidade de contratações; a remuneração; e demais caracteres do regime jurídico a ser aplicado.

Além disso, entende o Supremo Tribunal Federal (STF) que as leis que autorizam contratações temporárias não podem fixar hipóteses abrangentes ou genéricas sem especificar a contingência fática que, caso presente, demonstraria um estado de emergência. Assim sendo, não pode a lei simplesmente atribuir ao Chefe do Poder Executivo interessado na contratação a competência para estabelecer os casos nos quais as contratações seriam possíveis a partir de conceitos legais abertos e indeterminados<sup>147</sup>.

*b) Presença dos pressupostos constitucionais:* neste ponto, deve o gestor público demonstrar que as contratações em questão obedecem aos critérios de temporariedade e excepcionalidade, conforme o disposto na Constituição Federal. Desse modo, a necessidade que justifica tais contratações deve ser sempre temporária, pois, caso seja permanente, deve o Estado criar cargos ou empregos públicos e provê-los através de concurso público.

Ademais, como consequência desta característica, tais contratos devem possuir prazo determinado, sendo vedada a possibilidade de prorrogações sucessivas. Por fim, deve o interesse público ser excepcional, na medida em que situações ordinárias não permitem a contratação de tais servidores, a exemplo de uma demanda sazonal ou adicional, comuns no serviço público e passíveis de suprimento por remanejamento de pessoal ou por maior esforço dos servidores já existentes.

*c) Existência de prévia dotação orçamentária:* de acordo com o art. 169, § 1º, da Constituição Federal, a admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da Administração Direta e Indireta, só poderão ser feitas se houver prévia dotação orçamentária, ressalvadas as empresas públicas e sociedades de economia mista<sup>148</sup>.

*d) Não existência de vedações:* deve o agente público verificar se não há óbices legais à contratação estatal. A título exemplificativo, a lei eleitoral veda a contratação de servidores ou empregados públicos, ainda que temporários, dos três meses que antecedem o pleito até a posse dos eleitos (Lei nº 9.504/97, art. 73, V); assim como é vedado ao gestor praticar ato que resulte em aumento das despesas com pessoal através de ato expedido nos últimos cento e

---

<sup>147</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 3.430. Min. Rel. Ricardo Lewandowski. Brasília, 12 de abril de 2009. **DJe**, 25 de agosto de 2009. No mesmo sentido: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 658.026. Min. Rel. Dias Toffoli. Brasília, 09 de abril de 2014. **DJe**, 31 de outubro de 2014.

<sup>148</sup> O dispositivo em questão também exige a autorização específica na Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO), que demonstrar-se-á inadequada diante de situações marcadas pela urgência e que exigem, consequentemente, contratações imediatas.

oitenta dias anteriores ao final do mandato do titular do respectivo poder (Lei Complementar nº 101/2000 – Lei de Responsabilidade Fiscal –, art. 21, parágrafo único).

*e) Realização de processo seletivo simplificado ou concurso público:* em regra, às contratações temporárias deve ser aplicada a regra geral do concurso público, que neste caso sofre certa flexibilização diante da possibilidade de realização de processo seletivo simplificado, mais célere em relação ao primeiro.

Neste caso, deve ser levado em conta, tanto quanto o possível, as regras gerais observadas na realização de concursos públicos, a exemplo da ampla publicidade e da garantia de interposição de recursos. No entanto, quando a realização de certame se demonstrar incompatível com a urgência destas contratações, pode o administrador dispensar a sua realização, a exemplo de situações de calamidade pública, emergência ambiental ou saúde pública.

*f) Formalização das contratações:* todas as contratações devem ser formalizadas através de instrumento contratual escrito e assinado entre as partes, o qual se apresenta como contrato administrativo especial, conforme já citado. Inclusive, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça (STJ) que tais contratações não revelam qualquer vínculo trabalhista disciplinado pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), cabendo à Justiça Comum julgar questões envolvendo o pagamento de verbas decorrentes da celebração destes contratos, da mesma forma que os servidores estatutários, ainda que a lei estadual ou municipal estabeleça o regime celetista<sup>149</sup>.

Desta feita, a contratação irregular de terceiros com fulcro no art. 37, IX, da Constituição Federal, é passível de caracterizar ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da Administração Pública (Lei nº 8.429/92, art. 11), desde que presentes determinados requisitos, a serem analisados no caso concreto. Inicialmente, quanto ao elemento subjetivo da conduta, exige-se a comprovação do dolo por parte do agente público, não sendo suficiente a mera prática de ato ilegal<sup>150</sup>.

Todavia, não é necessária a existência de enriquecimento por parte do agente público, assim como é dispensada a demonstração de dano ao erário, seja ele direto ou indireto. Pela própria topografia do art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa, verifica-se o seu caráter residual em relação às tipificações constantes nos artigos 9º e 10, haja vista que as normas

---

<sup>149</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI nº 784.188. Min. Rel. Joaquim Barbosa. Brasília, 10 de maio de 2009. **DJe**, 23 maio 2011. No mesmo sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no CC nº 38.459. Min. Rel. José Arnaldo da Fonseca. Brasília, 22 de outubro de 2003. **DJe**, 17 de novembro de 2003.

<sup>150</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp nº 221.770. Min. Rel. Herman Benjamin. Brasília, 04 de novembro de 2014. **DJe**, 27 de novembro de 2014.

referentes à violação dos princípios da Administração Pública somente serão aplicadas quando não constatado o enriquecimento ilícito ou o dano ao erário (MARTINS JÚNIOR, 2009, p. 279).

Nesse sentido, contratações realizadas sem a existência de lei anterior do ente federativo que regulamente o regime de contratação e todas as especificidades do regime jurídico são flagrantemente violadoras de norma constitucional expressa, cujo desconhecimento é inescusável, caracterizando dolo do agente público, ainda que eventual, de acordo com o art. 11, I, da Lei nº 8.429/92. Ora, a Constituição Federal está em vigor há mais de vinte e oito anos, não sendo razoável a alegação de desconhecimento da norma, principalmente quando leva-se em conta que é dever do agente público pautar toda a sua atuação de acordo com o princípio da legalidade.

Na verdade, há, nestes casos, verdadeira violação ao referido princípio, fundamento do Estado Democrático de Direito, no sentido de que nada pode a Administração Pública que não esteja consagrado no ordenamento jurídico. No entanto, a violação que aqui se apresenta diz respeito à legalidade em sentido amplo, caracterizadora do princípio da juridicidade, que visa o respeito a todo o sistema jurídico, não apenas em relação às regras, como também aos princípios (BITENCOURT NETO, 2005, p. 127).

Trata-se muito mais do que simples irregularidade formal. Entender de forma diversa poderia levar o agente público a realizar contratações à sua livre vontade, sem qualquer amparo legal. Consequentemente, abre-se espaço para a ocorrência de favoritismos e livre determinação das diversas características de tais admissões, como o tempo de duração dos contratos e a quantidade de contratos a serem assinados, em clara usurpação da competência legislativa.

Entretanto, ponderações devem ser realizadas na análise do caso concreto, sempre a partir dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Nesta perspectiva, estará descaracterizado o ato de improbidade administrativa quando as admissões se derem em virtude de caso fortuito ou força maior passíveis de gerar graves danos à coletividade e que exigem, portanto, rápida e efetiva ação estatal, a exemplo de severos danos ambientais ou à saúde coletiva.

No mesmo sentido, as contratações ou prorrogações irregulares realizadas com fundamento em lei local não são aptas, por si só, a caracterizar ato de improbidade administrativa. Isto porque a referida lei goza de presunção de constitucionalidade, o que

descaracteriza, em uma análise perfunctória, o elemento subjetivo doloso<sup>151</sup>.

Também de acordo com o mandamento constitucional citado, devem as contratações obedecer aos critérios de temporariedade e excepcionalidade. À vista disso, as contratações devem possuir prazo fixado, cujo máximo e suas possíveis prorrogações devem estar previstos em lei específica. Consequentemente, é vedada a celebração de contratos por prazo indeterminado, ao contrário da regra dos contratos de trabalho regidos pela CLT. Da mesma forma, são vedadas sucessivas prorrogações destes contratos, tendo em vista a desnaturação do critério de temporariedade.

Já a excepcionalidade estará caracterizada diante da ocorrência de situações extraordinárias, para as quais o provimento efetivo demonstre-se ineficiente – seja pela sua demora, seja pela desnecessidade de preenchimento permanente de cargos após o evento imprevisível. Logo, a realização de contratações precárias marcadas pela elevada duração dos contratos, pelo número manifestamente desproporcional de contratações ou pela não existência de situação excepcional caracterizam desvio de finalidade nas contratações, demonstrando o elemento doloso da conduta e a consequente caracterização do ato de improbidade administrativa.

No entanto, a contratação de servidores temporários para o exercício de serviços públicos regulares e permanentes, a exemplo das atividades desenvolvidas na área de saúde, educação e segurança pública, não caracteriza, por si só, ato ímprobo. Isto porque a natureza da atividade a ser exercida – eventual ou permanente – não é elemento preponderante para legitimar a contratação temporária, porquanto o que é fundamental para a contratação é a necessidade e excepcionalidade do interesse público a justificá-la<sup>152</sup>. Nesta perspectiva, o que deve ser temporária é a *necessidade*, não a *atividade em si considerada*, conforme Cármem Lúcia Antunes assevera:

Pode-se ter, contudo, situação em que o interesse seja regular, a situação comum, mas advém uma circunstância que impõe uma contratação temporária. É o que se dá quando há vacância de cargo de magistério antes de novo concurso para prover o cargo vago ou quando se tem o afastamento temporário do titular do cargo em razão de doença ou licença para estudo etc. O magistério tem de ser desempenhado, o aluno tem direito a ter aula, e o Estado tem o dever constitucional de assegurar a presença do professor em sala. Há, então, a excepcionalidade do interesse público determinante da contratação. Aqui a excepcionalidade não está na singularidade da atividade ou no seu contingenciamento, mas na imprevista, porém imprescindível,

---

<sup>151</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.231.150. Min. Rel. Herman Benjamin. Brasília, 13 de março de 2012. **DJe**, 12 de abril de 2012.

<sup>152</sup> Recentemente, o entendimento anterior acerca da impossibilidade de contratações temporárias relacionadas a atividades permanentes sofreu temperamentos no âmbito do STF, de forma que os últimos julgados apresentaram-se alinhados com o exposto. Neste sentido: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 3.247. Min. Rel. Cármem Lúcia. Brasília, 25 de maio de 2014. **DJe**, 15 de agosto de 2014.



prestação, que impõe que o interesse tenha de ser atendido, ainda que em circunstância excepcional. A necessidade da contratação é temporária, e o interesse é excepcional para que ocorra o desempenho da função naquela especial condição (ROCHA, 1999, p. 241).

Situação ainda mais grave ocorre diante da contratação de servidores temporários quando há candidatos aprovados em concurso público eficaz mas não nomeados, em clara situação de preterição. Todavia, a mera contratação de terceiros durante o prazo de eficácia do concurso público não é apta, por si só, a caracterizar irregularidade ou ato de improbidade administrativa.

Neste caso, para a configuração de ato ímprobo é necessária a união dos seguintes requisitos: i) existência de concurso público eficaz; ii) existência de cargos ou empregos públicos vagos; iii) existência de candidatos aprovados e não nomeados; iv) contratação de terceiros para a realização de atividades típicas ou análogas às que seriam desempenhadas pelos candidatos aprovados. Diante da reunião destes requisitos, estará configurada a conduta dolosa e o consequente cometimento de ato de improbidade administrativa (Lei nº 8.429/92, art. 11, II e V).

Nesse contexto, a contratação temporária de terceiros para exercerem funções em prejuízo de candidatos aprovados em concurso público afronta o livre acesso aos cargos e empregos públicos, caracterizando ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da Administração Pública, à luz do art. 11, incisos I e V, da Lei nº 8.429/1992.

Não obstante o entendimento inicial do STJ tenha se dado em sentido oposto, de forma que tal ato ocorreria por mera inabilidade do gestor público<sup>153</sup>, recentemente o referido tribunal vem apresentando posicionamentos no sentido de condenar os gestores responsáveis por atos desta natureza às sanções previstas no art. 12 da Lei nº 8.429/92, que podem ser aplicadas isoladas ou cumulativamente<sup>154</sup>.

Em recente julgado o STJ manteve a condenação de prefeito municipal à suspensão dos direitos políticos pelo prazo de três anos e multa civil de três vezes o valor de seu subsídio, em virtude do elevado número de contratações temporárias para as mais diversas funções no âmbito municipal, dentre as quais havia candidatos aprovados e não nomeados. Ainda conforme a decisão, a mera alegação de que o agente público atuou em defesa do interesse público com o objetivo de preservar a continuidade da prestação dos serviços públicos não elide a sua responsabilidade, sobretudo quando o conjunto probatório apresenta-

---

<sup>153</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 917.437. Min. Rel. Luiz Fux. Brasília, 16 de setembro de 2008. **DJe**, 01 de outubro de 2008.

<sup>154</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp nº 1.346.814. Min. Rel. Herman Benjamin. Brasília, 18 de setembro de 2014. **DJe**, 10 de outubro de 2014.

se insuficiente para tal pretensão<sup>155</sup>.

Em decorrência disto, a contratação temporária de terceiros de forma irregular quando há aprovados em concurso público demonstra, a um só tempo, a necessidade no provimento de cargos públicos e o arbítrio do administrador ao não nomear aqueles que haviam sido aprovados. Verificada essa situação, a expectativa de direito à nomeação convola-se em direito líquido e certo, legitimando, inclusive, o Ministério Público a pleitear tal providência em juízo.

Ademais, embora, como já afirmado, seja necessária a demonstração de dolo na conduta, seja ele direto ou eventual, não é necessária a ocorrência de dano ao erário para a configuração do ato de improbidade administrativa em tais casos. Isto porque, na dicção do art. 21, I, da Lei nº 8.429/92, a aplicação das sanções previstas para tais atos independe “da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público, salvo quanto à pena de ressarcimento”. Conseqüentemente, quando o dano não se apresentar como substrato legitimador da sanção, será elemento prescindível à caracterização da improbidade.

Ainda que as contratações temporárias estejam devidamente legitimadas pelos pressupostos de temporariedade e excepcionalidade, haverá prática de ato ímprobo, em tese, diante da contratação direta sem a realização de concurso público ou processo seletivo simplificado fora das situações previstas em lei regulamentadora.

Neste cenário, o dolo estará caracterizado caso a inexistência de procedimento concorrencial tenha se dado com a intenção de favorecer determinados indivíduos, em desacordo com os princípios da igualdade, moralidade e impessoalidade. Além disso, no que diz respeito ao critério de urgência, o dolo estará presente caso a situação fática não corresponda, inequivocamente, a evento capaz de ocasionar danos caso seja efetivamente realizado o certame.

Importa asseverar que a interpretação do art. 11, VI, da Lei nº 8.429/92, deve ser realizada no sentido de que *frustrar a licitude de concurso público* refere-se a qualquer ato que tenha como fim burlar o caráter competitivo e isonômico de processos seletivos para admissão de pessoal, não importando se, no caso, deve ser realizado concurso público ou processo seletivo simplificado.

Diante da ocorrência de contratações temporárias irregulares, é fundamental a ação dos órgãos de controle externo na tentativa de fazer cessar as irregularidades e, se for o caso, responsabilizar o agente público. Nesse diapasão, em um primeiro momento é crucial a

---

<sup>155</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.403.361. Min. Rel. Benedito Gonçalves. Brasília, 03 de dezembro de 2013. **DJe**, 26 de maio de 2014.

atuação dos Tribunais de Contas na apreciação da admissão de pessoal para fins de registro, excetuadas as nomeações para provimento de cargos em comissão (Constituição Federal, art. 71, III, e, por simetria, aos Estados-membros). Neste momento, cabe à Corte de Contas verificar se a situação alegada como fundamento destas contratações caracteriza-se como excepcional e temporária, podendo, se necessário, negar registro ao ato de admissão<sup>156</sup>.

Dessa maneira, cabe aos Tribunais de Contas não a mera chancela do ato de contratação, mas a realização de verdadeiro controle de verificação da presença dos pressupostos de fato e de direito que cercam o ato sujeito a registro, ou seja, sua atuação deve ir além da mera formalidade (BUSQUETS, 2011, p. 766). Além disso, deve, se for o caso, remeter cópia do referido processo ao Ministério Público para a apuração de possível prática de ato ímprobo que, caso seja confirmado, ensejará a propositura de ação civil por ato de improbidade administrativa, não se excetuando a atuação de ofício ou por provocação da sociedade civil. Por fim, além do *parquet*, é legitimado para a propositura da ação em questão a pessoa jurídica interessada (Lei nº 8.429/92, art. 17), caso no qual o Ministério Público atuará como *custos legis*.

### **3.2 Fraude na terceirização e configuração de improbidade administrativa**

Os processos de terceirização no âmbito da Administração Pública surgiram há décadas como instrumento de melhoria da gestão do interesse público. Nesse sentido, apresenta-se como um instrumento que visa assegurar um sistema de trabalho mais dinâmico e eficiente, permitindo ao Estado executar suas competências essenciais com maior foco, ao passo que repassa a terceiros tarefas assessoriais, de mera execução e com menor custo de produção, as quais seriam executados diretamente. Ampara-se, portanto, na ideia de eficiência e, em tese, a redução de custos.

Nesse contexto, em meio à proposta de Reforma Administrativa na Área Federal, o primeiro diploma a tratar da terceirização no setor público foi o Decreto nº 200/67. Na oportunidade, permitiu-se ao Estado desincumbir-se da realização material de tarefas executivas para impedir o crescimento desmesurado da máquina pública.

Com a promulgação da atual Constituição Federal, a celebração de contratos administrativos passou a exigir, expressamente, a realização de licitação (art. 37, XXI). Desta

---

<sup>156</sup> A Instrução Normativa do TCU nº 55, de 24 de outubro de 2007, estabelece em seu art. 15 que a negativa de registro de atos de admissão obrigará o órgão ou entidade a cessar todo e qualquer pagamento decorrente do ato impugnado no prazo de quinze dias, contados da ciência da recusa ou da publicação da decisão do Tribunal no Diário Oficial da União. Ainda segundo a normativa, o gestor público possui o dever de comunicar ao Tribunal, no mesmo prazo, as providências adotadas, sob pena de solidariedade na obrigação de ressarcimento das quantias pagas após essa data.

forma, o dispositivo foi regulamentado através da edição da Lei nº 8.666/93, que permitiu a execução indireta de serviços no âmbito estatal (art. 10. II), desde que antecedida de procedimento licitatório que permita a igualdade de condições entre as empresas interessadas.

Ainda na década de 90, o instituto da terceirização de serviços foi utilizado em massa para camuflar a intermediação de mão de obra no setor público a partir de distorções na aplicação da legislação federal. Como consequência, foi publicado o Decreto nº 2.271/97, que trouxe inúmeras vedações no sentido de inibir o desvirtuamento da terceirização (CARELLI, 2003, p. 117).

Não obstante as tentativas no combate ao uso indiscriminado de mão de obra terceirizada pela Administração Pública, verifica-se que este fenômeno ainda é corriqueiro, o que traz à tona a necessidade de traçar limites passíveis de configurar a terceirização ilícita. Por conseguinte, para que seja legítima a terceirização de serviços pelo Estado é necessária a reunião dos seguintes requisitos:

*a) Execução de atividades incluídas no rol de competências:* fundamentada no binômio supremacia/indisponibilidade do interesse público, a terceirização deve, primeiramente, visar o cumprimento de seus objetivos legais. Logo, deve a terceirização: i) permitir que os entes e órgãos do Estado possam concentrar-se (DL nº 200/67, art. 10, § 2º) nas atividades centrais de suas competências para delas melhor desincumbir-se (DL nº 200/67, art. 10, § 7º); ii) impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa (DL nº 200/67, art. 10, § 2º); e iii) promover maior economicidade e melhor aproveitamento dos recursos humanos, materiais ou financeiros disponíveis (Decreto nº 2.271/97, art. 2º, III) (AMORIM, 2009, p. 94).

*b) Execução de atividades aptas a serem terceirizadas:* as atividades passíveis de terceirização devem estar localizadas no âmbito meramente instrumental ou acessório, afastando-se do exercício de atividades típicas estatais, de modo a não atingir as atividades-fim da Administração Pública. Nessa lógica, o Decreto nº 2.271/97, em seu art. 1º, aponta para a preferência, através da execução indireta, de atividades de conservação, limpeza, segurança, reprografia, dentre outras, com o claro objetivo de impedir a contratação de prestadores de serviços para a execução de atividades tipicamente estatais.

*c) Vedação à intermediação de mão de obra:* os contratos administrativos em questão devem ser celebrados na modalidade prestação de serviços, nunca fornecimento de mão de obra. Assim, a Lei nº 8.666/93, em seu art. 6º, II, é clara ao delimitar serviços como a "atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse à Administração". Tal previsão termina por vedar, ainda que implicitamente, a contratação para o mero fornecimento de mão

de obra. Tanto é assim que, diante de inúmeras irregularidades na utilização de terceirizados no âmbito da União, o Decreto nº 2.271/97 vedou a inclusão de disposições nos instrumentos contratuais de serviços que permitissem a caracterização exclusiva do objeto como de mão de obra (art. 4º, II).

*d) Inexistência de cargo ou emprego público de mesmas atribuições na estrutura funcional:* para que a terceirização seja lícita, além de não ser possível a execução de atividades inerentes à atividade-fim, é necessário que não haja, na estrutura organizacional do órgão ou entidade, cargo ou emprego público de funções equivalentes, as quais devem ser exercidas por servidores regularmente aprovados em concurso público.

*e) Realização de licitação:* a Constituição Federal exige, expressamente, que os contratos de prestação de serviços para a Administração Pública devem ser precedidos de procedimento licitatório que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes (art. 37, XXI).

Conforme já foi tratado neste trabalho, com a Constituição Federal de 1988 foi instituída, em regra, a exigência de concurso público para a investidura em cargos e empregos públicos, como forma de dar efetividade aos princípios da impessoalidade, isonomia e moralidade. Por consequência, quando o administrador público celebra contratos para a aquisição de mão de obra termina por inviabilizar o livre acesso democrático aos quadros da Administração Pública pelos indivíduos que preencham os requisitos legais e constitucionais à sua ocupação, favorecendo o nepotismo e o apadrinhamento, em clara violação aos princípios citados (LUDWIG, 2007, *apud* SILVA, 2011, p. 112).

Desta forma, para a caracterização do ato de improbidade administrativa por desvirtuamento na contratação terceirizada é necessária a reunião dos seguintes requisitos: i) que haja na estrutura organizacional do órgão ou entidade cargos com atribuições determinadas que visam atender a finalidades específicas; ii) que haja a contratação de empresa terceirizada para a prestação de serviços típicos de cargos ou empregos públicos, caracterizando a terceirização de mão de obra; iii) que o administrador tenha agido de má-fé, visando contratar empresa para intermediação de mão de obra para o exercício de atividades centrais, que deveriam ser realizadas por servidores de carreira.

Corroborando com este entendimento, o STJ já decidiu que a contratação de funcionários mediante a manutenção de contratos de fornecimento de mão de obra, via terceirização de serviços, por empresa pública estadual caracteriza ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da Administração Pública, pela clara lesão aos

princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa<sup>157</sup>.

Contudo, fato diverso ocorre quando a celebração de contrato de prestação de serviços diz respeito à execução de atividades inerentes às categorias funcionais do órgão ou entidade e estas encontrem-se em processo de extinção ou definitivamente extintas, total ou parcialmente<sup>158</sup>. Aqui, trata-se de aplicação do princípio da continuidade dos serviços públicos no sentido de que deve o Estado assegurar a prestação destas atividades, abstendo-se de condutas omissivas que possam gerar danos aos administrados.

Por outro lado, dada as exigências constitucional e legal, para a celebração de contrato administrativo de prestação de serviços de terceirização deve o agente público, regra geral, realizar procedimento licitatório prévio objetivando a proteção ao erário consubstanciada na escolha da proposta mais vantajosa para a Administração. Diante disto, também é possível vislumbrar possíveis práticas de atos ímprobos, na medida em que o art. 10, VIII, da Lei nº 8.429/92, prevê como ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário o ato de frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente.

A frustração da licitude do procedimento licitatório ocorre diante do descumprimento dos princípios e das regras do certame, a exemplo do superfaturamento da proposta do objeto do contrato ou da fraude à concorrência dos participantes, maculando a sua finalidade. Já a dispensa indevida ocorre diante da não verificação das situações previstas nos artigos 24 e 25 da Lei nº 8.666/93, que tratam, respectivamente, dos casos de dispensa e inexigibilidade de licitação. Aqui, o termo *dispensa indevida* deve ser interpretado sistematicamente, no sentido de que o objetivo da norma é punir contratações diretas fora dos casos previstos em lei.

Isto posto, em tais casos estará configurado o ato de improbidade administrativa, de acordo com o art. 10, VIII, da Lei nº 8.429/92, desde que seja demonstrado o dano ao erário decorrente de tais condutas, sejam dolosas ou culposas. Por conseguinte, para que ocorra a tipificação citada, a simples violação a dever legal não é apto, *de per se*, a configurar ato ímprobo sujeito às sanções previstas no preceito legal citado. Ainda que não ocorra dano ao erário, será possível a averiguação quanto à violação aos princípios administrativos (art. 11), pelo caráter aberto e subsidiário das condutas previstas nos artigos 9º, 10 e 11.

No entanto, a análise do caso concreto enseja uma interpretação baseada no princípio

---

<sup>157</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.397.414. Min. Rel. Humberto Martins. Brasília, 10 de junho de 2014. **DJe**, 24 de junho de 2014.

<sup>158</sup> Nessa linha, o Decreto nº 2.271/97 permite, em seu art. 1º, § 2º, a execução indireta de atividades estatais quando estas referirem-se a cargos extintos ou em processo de extinção. Todavia, a interpretação a ser dada ao dispositivo é no sentido de que a terceirização é possível quando todos os cargos em determinada carreira estejam extintos ou em processo de extinção definitiva. Assim, a mera extinção de cargos isolados para a redução de despesas ou para readequação estratégica não possibilita a contratação de terceirizados para tanto.

da proporcionalidade. Neste sentido, meras irregularidades formais ou procedimentais que não ocasionam limitação na concorrência ou não interfiram no resultado do procedimento licitatório não são suficientes para a caracterização de ato de improbidade administrativa, em virtude da ausência do elemento subjetivo necessário para tal imputação.

Dessa maneira, no tocante à dispensa indevida de licitação para a contratação de empresa terceirizada, em “não havendo o perfeito enquadramento da situação fática aos permissivos legais ou sendo provada a simulação, ter-se-á indevida a dispensa de licitação e a consequente configuração de improbidade” (GARCIA; ALVES, 2013, p. 493). Diante disto, o prejuízo ao erário é presumido, porquanto o administrador deixa de contratar a proposta mais vantajosa para a administração pelo fato de não permitir a devida concorrência entre os interessados.

Por outro lado, ainda que tais contratações sejam precedidas de licitação, é possível a escolha, por parte do administrador, das pessoas que venham a ocupar tais funções, dada a grande precariedade da relação terceirizada, pois “uma vez eleito o vencedor do certame, o administrador poderá a seu talante, por exemplo, em nome de uma relação harmoniosa para a execução contratual, pleitear a contratação pela terceirizada de pessoas por ele indicadas” (RAMOS, 2001, p. 160). Neste caso, também será possível a análise da possível prática de ato de improbidade administrativa, tendo em vista a violação aos princípios da moralidade e da isonomia, visto que o gestor público se utilizará de um contrato administrativo para favorecer terceiros, de acordo com a sua vontade particular.

Logo, o dolo desta conduta estará demonstrado diante da contratação de indivíduo pela empresa terceirizada posteriormente à celebração do contrato administrativo, a pedido do agente público, e sua consequente designação para o exercício de atividades no órgão ou entidade; ou diante do favorecimento desta empresa no procedimento licitatório em atenção a uma já existente relação de trabalho entre o favorecido e a prestadora de serviços.

Por fim, são legitimados para a propositura de ação civil por ato de improbidade administrativa diante de irregularidades nos contratos de terceirização de serviços tanto o Ministério Público quanto a pessoa jurídica interessada, da mesma forma que o demonstrado em relação aos servidores temporários.

#### **4. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A prestação de serviços públicos de forma eficiente a partir do respeito aos princípios administrativos é um desafio para o desenvolvimento e a concretização do Estado Democrático de Direito, garantidor de direitos fundamentais. Nesse contexto, é por

intermédio da atividade exercida pelos servidores públicos que tais objetivos podem ser devidamente alcançados.

Desse modo, em obediência aos princípios da isonomia, moralidade e impessoalidade, o acesso aos quadros estatais deve se dar em igualdade de condições, sem a existência de favoritismos que influenciem a contratação de agentes públicos. Como consequência, as contratações de servidores devem ser realizadas após regular aprovação em concurso público, sendo legítima a contratação precária como exceção, desde que não seja lesiva ao interesse público e esteja em conformidade com os parâmetros constitucionais e legais.

Outrossim, diante de indícios de irregularidades em tais contratações, surge a necessidade de apuração acerca da possível prática de ato de improbidade administrativa, de acordo com os delineamentos expostos. Nestes termos, buscar-se-á, a um só tempo, afastar condenações desproporcionais diante da prática de meras irregularidades, em regra sanáveis, assim como punir os maus gestores por atos eivados de desvio de finalidade e em afronta aos princípios e regras que norteiam a atividade da Administração Pública.

Destarte, através deste breve estudo não se pretende esgotar a discussão acerca da responsabilização do agente ímprobo diante da contratação irregular de terceiros. De outra forma, buscou-se, tão somente, expor de forma breve alguns parâmetros a serem analisados no caso concreto, a partir dos quais pode-se concluir pela caracterização – ou não – da conduta ímproba do agente público.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

AMORIM, Helder Santos. **Terceirização no serviço público: uma análise à luz da nova hermenêutica constitucional**. São Paulo: LTr, 2009.

BITENCOURT NETO, Eurico. **Improbidade administrativa e violação de princípios**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

BUSQUETS, Cristina Del Pilar Pinheiro. **Registro de atos pelo Tribunal de Contas**. Boletim de Direito Municipal [recurso eletrônico], São Paulo, v. 27, n. 11, p. 766-781, nov. 2011. Disponível em: <[http://dspace/xmlui/bitstream/item/13684/geicIC\\_FRM\\_0000\\_pdf.pdf?sequence=1](http://dspace/xmlui/bitstream/item/13684/geicIC_FRM_0000_pdf.pdf?sequence=1)>. Acesso em: 7 nov. 2014.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. **Terceirização e intermediação de mão-de-obra: ruptura do sistema trabalhista, precarização do trabalho e exclusão social**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 26ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 11ª ed. São Paulo: LTr, 2012.



DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GARCIA, Emerson. ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Probidade administrativa**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

RAMOS, Dora Maria de Oliveira. **Terceirização na Administração Pública**. São Paulo: LTr, 2001.

ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais dos servidores públicos**. São Paulo: Malheiros, 1999.

RIZZARDO, Arnaldo. **Ação civil pública e ação de improbidade administrativa**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SERRANO, Hermes Wagner Betete; PAZETO, Henrique Parisi. A ação de improbidade administrativa como tutela da moralidade administrativa. **Fórum Administrativo – FA**, Belo Horizonte, ano 14, n. 165, p. 45-52, nov. 2014.

SILVA, Patrícia Pinheiro. Terceirização nos serviços públicos. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, São Paulo, v. 77, n. 1 p. 95-130, jan./mar. 2011.

# A SOBERANIA ESTATAL NA PERSPECTIVA DO TRANSCONSTITUCIONALISMO

## THE STATE SOVEREIGNTY CONCEPT FROM THE PERSPECTIVE OF TRANSCONSTITUTIONALISM

Lucas Nascimento Carneiro<sup>159</sup>

### RESUMO

O presente trabalho tem como intuito realizar uma análise sobre o significado da soberania estatal à luz do transconstitucionalismo, ou seja, à luz de relações concretas entre ordens jurídicas em busca de soluções para problemas constitucionais ou de limitação de poder. Com esse objetivo, o artigo primeiramente trabalha os conceitos de soberania abordados por teóricos como Jean Bodin, Hans Kelsen, Carl Schmitt e Luigi Ferrajoli. Após isso, realiza-se a ressignificação da soberania com base nos preceitos transconstitucionais. Em seguida, aborda-se o caso “Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) *versus* Brasil”, julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, com o intuito de estabelecer um lastro fático com a realidade que envolve nossa ordem jurídica estatal e a ordem internacional, representada por essa Corte. Por fim, procura-se mostrar como essa ressignificação pode implicar uma ampliação e maior efetivação de direitos fundamentais.

**PALAVRAS-CHAVE:** Soberania. Transconstitucionalismo. Guerrilha do Araguaia.

### ABSTRACT

This paper aims to analyze the state sovereignty concept from the perspective of Transconstitutionalism, which means from the perspective of concrete relations between legal systems pursuing solutions to constitutional problems or to the limitation of power. Firstly, we focus on the analysis of sovereignty concepts developed by theorists such as Jean Bodin, Hans Kelsen, Carl Schmitt and Luigi Ferrajoli. After that, we try to resignificate sovereignty adopting transconstitutional principles. Then, we analyze the case “Gomes Lund et al. (“Guerrilha do Araguaia”) *versus* Brazil”, judged by Inter American Court of Human Rights, aiming to develop a link between the theory and a transconstititutional case that involves the Brazilian state legal order and the international order, represented by this Court. Finally, we demonstrate how this resignification can expand fundamental rights and give greater effectiveness to them.

**KEYWORDS:** Sovereignty. Transconstitutionalism. Araguaia Guerrilla.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como intuito analisar de que forma a soberania da ordem jurídica estatal relaciona-se com o Transconstitucionalismo, ressignificando o seu conceito à luz de uma realidade em que ordens jurídicas estabelecem comunicações transversais com

---

<sup>159</sup> Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília.

ordens que ultrapassam suas fronteiras, a fim de buscar soluções para problemas de natureza constitucional.

Tendo em vista que os conflitos constitucionais não se limitam mais às fronteiras territoriais dos Estados – sendo caracterizados pela sua extraterritorialidade, e pelo amplo envolvimento de diversas ordens jurídicas –, uma intensa conversação entre essas ordens passou a ser necessária, inclusive para resolver os problemas pretensamente “internos”. Esse cenário demonstra que não é mais possível conceber a ordem jurídica estatal como única *ratio* na resolução de conflitos que envolvam direitos fundamentais ou questões de limitação e controle de poder.

Diante disso, a soberania deixou de ser atrelada simplesmente a um conceito de independência ou de mera expressão do poder jurídico mais alto de um determinado território<sup>160</sup>, passando cada vez mais a ser relacionada a “uma responsabilidade política regional nas condições estruturais da sociedade mundial<sup>161</sup>”. Assim, faz-se necessário definir o conceito de soberania para o Transconstitucionalismo e quais as implicações desse novo significado.

Com o intuito de organizar o trabalho será estabelecida uma divisão por tópicos. Primeiramente, será feito um breve panorama de alguns significados atribuídos à soberania por teóricos do tema. Após isso, será realizada uma concisa apresentação do Transconstitucionalismo, no que ele se pauta e como ocorrem as relações concretas entre as ordens jurídicas a partir de sua perspectiva. No terceiro tópico, procura-se ressignificar a soberania à luz de tal teoria. Por último, serão apresentadas as consequências do significado atribuído pelo Transconstitucionalismo a esse conceito para a solução de problemas constitucionais, implicando, conseqüentemente, a garantia e ampliação de direitos.

Esse último item terá como base a realização de uma análise do caso “Gomes Lund e outros (‘Guerrilha do Araguaia’) *versus* Brasil”, ou seja, o estudo de uma relação de comunicação transversal tipicamente caracterizada como Transconstitucionalismo entre direito internacional público e direito estatal. Porém, não se deve inferir como consequência dessa escolha que o resultado do trabalho se limita a esse tipo específico de relação, podendo ser, portanto, ampliado às outras formas de transconstitucionalismo entre ordens jurídicas como modelo referente ao tratamento de problemas constitucionais.

---

<sup>160</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 30ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2011: p. 90.

<sup>161</sup> NEVES, 2009: p. 133-134.

## 2. CONCEPÇÕES DE SOBERANIA

Nesse tópico, será feita uma breve construção histórica do conceito de soberania, apresentando os seus contextos temporais e demonstrando a sua evolução histórica. Com esse intuito, serão abordadas as visões de quatro teóricos que abordaram o tema em diferentes momentos da história: Jean Bodin, Hans Kelsen, Carl Schmitt e Luigi Ferrajoli.

Para iniciar essa análise, abordaremos o significado de soberania desenvolvido por Jean Bodin. Historicamente, afirma-se que o teórico francês foi o primeiro a abordar diretamente o tema, consagrando essa abordagem em 1576 com a publicação de sua obra *Les six livres de la république*. Cabe ressaltar que o momento histórico em que delineou o tema era o de absolutização do poder do Estado<sup>162</sup>, portanto, de tentativas de justificação do poder real.

De acordo com ele a soberania seria o poder absoluto e perpétuo de uma república<sup>163</sup>. Dessa maneira, soma-se ao seu caráter absoluto (ou seja, não se submeter a nenhum outro poder, que não o divino e natural, não se encontrando assim limitado de forma alguma) a ideia de perpetuidade, significando que a soberania é exercida por toda a vida de quem detém o poder<sup>164</sup>.

A persona del soberano está siempre exenta en términos de derecho, por mucho poder y autoridad que dé a otro. Nunca da tanto que no retenga más para sí, y jamás es excluido de mandar o de conocer por prevención, concurrencia o evocación, o del modo que quisiere, de las causas de las que ha encargado a su súbdito, sea comisario u oficial, a quienes puede quitar el poder atribuido en virtud de su comisión u oficio, o tolerarlo todo el tiempo que quisiera.<sup>165</sup>

O que deve ser compreendido, por enquanto, é que para Bodin a soberania era atributo de um indivíduo, portanto, personalizada. Essa característica será desconstruída ao longo do tempo, principalmente a partir do constitucionalismo.

Em 1925, Hans Kelsen publica o livro *Teoria Geral do Estado* [*Allgemeine Staatslehre*], abordando de forma bastante diversa o tema. Importante ressaltar o diferente momento histórico em que viveu o autor, levando-se em consideração que a paz de Westfália já havia sido consolidada (havendo, então, fronteiras definidas para a maioria dos Estados europeus há um longo período de tempo), como também, que já se possuía a concepção de Estado de Direito.

---

<sup>162</sup> ARRUDA, 1993: p. 60.

<sup>163</sup> BODIN, 1973: p. 47.

<sup>164</sup> *Ibid.*: p. 49.

<sup>165</sup> *Ibid.*: p. 47.

Para o autor, o Estado – visto a partir de um ponto de vista jurídico – é meramente um fenômeno do Direito, pessoa jurídica, diferindo de outras corporações, pois é a comunidade criada por uma ordem jurídica nacional, sendo a personificação dessa comunidade ou a própria ordem que a constitui<sup>166</sup>. O Estado seria, portanto, ordem jurídica.

Então, Kelsen define a soberania como a característica central que permite que uma ordem jurídica não se encontre sob outra.

Apenas uma ordem normativa pode ser “soberana”, ou seja, uma autoridade suprema, o fundamento último de validade das normas que um indivíduo está autorizado a emitir como “comandos” e que os outros são obrigados a obedecer. [...] Dizer que o Estado é soberano significa que a ordem jurídica nacional é uma ordem acima da qual não existe nenhuma outra.<sup>167</sup>

A problemática sobre que ordem seria realmente soberana (estatal ou internacional)<sup>168</sup> também é abordada pelo autor austríaco. Nessa altura de seu texto, fica claro que para ele ambas as possibilidades são possíveis de acordo com a ciência do Direito e que a escolha seria de importância somente para a ideologia política<sup>169</sup>, sendo, então, fator irrelevante em sua ciência.

Para o presente trabalho, o ponto de maior importância a ser extraído das concepções de Kelsen sobre o tema é que, a partir do constitucionalismo, a soberania deixou de ser característica de um indivíduo personalizado e passou a ser atribuída a uma ordem jurídica. Além disso, podemos perceber que, apesar da assumida irrelevância para ciência do Direito, já havia uma intensa preocupação – nos meios acadêmico e político – de definir qual ordem era verdadeiramente soberana.

Em 1922, o alemão Carl Schmitt lança a primeira parte da sua obra *Teologia Política* [*Politische Theologie*] intitulada *Quatro capítulos sobre a doutrina da soberania*. Nela, o teórico trata o tema de maneira bem diversa daquela utilizada pelo seu compatriota Hans Kelsen. As divergências trazidas por Schmitt pautam-se, principalmente, pela retomada de alguns dos pontos contidos nos escritos de Jean Bodin, pois, para o alemão,

a competência para revogar a lei vigente – seja de forma geral ou no caso isolado – é o que realmente caracteriza a soberania, de forma que Bodin deduz disso todas as outras características (declaração de guerra e acordo de paz, nomeação de funcionários públicos, última instância, direito de indulto

---

<sup>166</sup> KELSEN, 2005: p. 261-262.

<sup>167</sup> KELSEN, 2005: p. 545.

<sup>168</sup> Para Campagnolo o Direito Internacional constitui somente uma parte do ordenamento jurídico estatal, sendo essa definição responsável por intenso debate com Hans Kelsen pelos motivos que serão mencionados (Cf. CAMPAGNOLO, U.; KELSEN, H, 2002: p. 122).

<sup>169</sup> KELSEN, p. 551.

etc.).<sup>170</sup>

Destarte, o soberano é quem decide sobre o estado de exceção, sobre a suspensão da lei vigente. Então, a fim de deixar claro o que seria esse estado, o autor o define não como todo e qualquer estado de sítio, mas somente aquele em que houve a suspensão do direito. Dessa maneira, a soberania deve ser entendida como um conceito limítrofe, cuja definição não pode se vincular ao caso normal<sup>171</sup>. Nesse ponto, fica estabelecida uma das principais diferenças entre o seu trabalho e o de Kelsen, pois, para Schmitt, todas as tendências de desenvolvimento jurídico-estatal moderno conduzem à eliminação do soberano<sup>172</sup>.

A partir disso, assume-se que, para a teoria de Schmitt, a soberania estatal deve ter como característica principal o monopólio decisório, a capacidade de tomar a decisão sobre a suspensão ou não – sem ou com razão/direito – da lei vigente<sup>173</sup>, e, portanto, sobre esse estado de exceção. Então, a decisão do soberano distingue-se da norma jurídica (limitada), consistindo toda a essência da autoridade estatal nessa sua completa não limitação<sup>174</sup>.

Doravante, trata-se da concepção de soberania para Luigi Ferrajoli. Nota-se que o mais marcante em sua teoria é o foco na divisão da soberania em interna e externa, definindo que

a superação do estado de natureza, internamente, e a sua conservação (ou melhor, instauração), externamente, tornam-se, assim, as duas coordenadas ao longo das quais se desenrola a história teórica e prática dos Estados soberanos modernos, ambas inscritas no código genético de tais Estados pela filosofia política jusnaturalista<sup>175</sup>.

A consolidação do Estado de Direito trouxe consigo, no plano doutrinário, de acordo com Ferrajoli, um fortalecimento da soberania interna, que se divide em nacional e popular, e ambigualmente também da soberania externa (estatal)<sup>176</sup>. O crescimento dessa última observa-se através da criação de diversos Estados ao redor do mundo e de seu próprio potencial “colonizador” de diversas culturas e povos.

Porém, a partir da Carta da ONU (1945) e da Declaração universal dos direitos do homem (1948) o panorama modifica-se. A ordem jurídica do mundo passa do estado de natureza ao estado civil, sendo subordinada ao imperativo da paz e à tutela dos direitos humanos. Portanto,

---

<sup>170</sup> SCHMITT, 2006: p. 10.

<sup>171</sup> *Ibid.*: p. 7.

<sup>172</sup> *Ibid.*: p. 8.

<sup>173</sup> SCHMITT, 2006: p. 14.

<sup>174</sup> *Ibid.*: p. 14.

<sup>175</sup> FERRAJOLI, 2007: p. 25.

<sup>176</sup> *Ibid.*: p. 29.

a soberania, que já se havia esvaziado até o ponto de dissolver-se na sua dimensão interna com o desenvolvimento do estado constitucional de direito, se esvanece também em sua dimensão externa na presença de um sistema de normas internacionais caracterizáveis como *ius cogens*, ou seja, como direito imediatamente vinculador para os Estados-membros.<sup>177</sup>

Seguindo essa lógica, os Estados encontram-se limitados por esses dois princípios (tutela da paz e dos direitos humanos) da ordem jurídica internacional. Destarte, o autor defende que a verdadeira soberania seria exercida pela ordem internacional, transformando assim os Estados, os indivíduos e os povos em verdadeiros sujeitos de seu direito.

### 3. TRANSCONSTITUCIONALISMO COMO PRESSUPOSTO TEÓRICO

Após a sintética apresentação do conceito de soberania para esses quatro teóricos, será feita uma concisa explicação acerca do Transconstitucionalismo. Tal abordagem é necessária para esclarecer alguns dos seus principais pontos e, a partir disso, demonstrar de que maneira o conceito de soberania é ressignificado na perspectiva dessa teoria e quais as suas implicações, como veremos a partir da análise jurisprudencial a ser realizada no último tópico.

O Transconstitucionalismo surge como alternativa para a solução de problemas constitucionais<sup>178</sup> e de limitação de poder promovendo o diálogo transversal entre ordens jurídicas diversas. A relação dessas ordens (diferenciadas, porém que compartilham o mesmo código binário “lícito/ilícito”) coexistentes em um mesmo sistema funcional da sociedade torna-se essencial para a solução de tais conflitos<sup>179</sup>.

A partir do entendimento da necessidade dessa forma de relação, faz-se necessário ressaltar também a complexidade do atual estágio da sociedade mundial, deixando claro que, através do intenso aprofundamento e reprodução de suas relações internas, ela promoveu o surgimento de diversas ordens jurídicas diferenciadas e divididas em variados níveis, como, por exemplo, as ordens jurídicas estatais (ex.: Brasil), internacionais (ex.: Corte Interamericana de Direitos Humanos), supranacionais (ex.: União Europeia), transnacionais (ex. *Lex Mercatoria*), extraestatais (ex.: tribo indígena local isolada).

Essas ordens jurídicas localizadas nos mais diversos níveis estabelecem múltiplas relações entre si também como consequência dessa complexidade. Esse relacionamento ocorre por meio de “pontes de transição<sup>180</sup>” que em sua maioria se firmam através de seus juízes e tribunais, ficando estabelecida uma relação entre centro e periferia<sup>181</sup>, ou seja, para o

---

<sup>177</sup> *Ibid.*: p. 41.

<sup>178</sup> Constituição entendida como acoplamento estrutural entre direito e política. Cf. NEVES, 2009: capítulo 2.

<sup>179</sup> NEVES, 2009: p. 115.

<sup>180</sup> *Ibid.*: p. 39.

<sup>181</sup> *Ibid.*: p. 116-117.

centro de determinada ordem, o centro de outra representa a sua periferia. Esse intenso (não significando ininterrupto) relacionamento promove terreno fértil para ampliar as análises e soluções para os problemas. A abordagem deixa de ser limitada a uma única perspectiva, permitindo que o *alter* possa enxergar o que o *ego* não vê<sup>182</sup>.

Outro aspecto que merece ser ressaltado é que nas relações típicas de conversação transversal do transconstitucionalismo não fica estabelecida uma relação hierárquica entre as ordens jurídicas, apesar de esse erro de compreensão ser usualmente cometido quando se analisa imprudentemente um caso concreto tendo em vista a anterior divisão em níveis.

[...] não cabe falar de uma estrutura hierárquica entre ordens: a incorporação recíproca de conteúdos implica uma releitura de sentido à luz da ordem receptora. [...] Há reconstrução de sentido, que envolve uma certa desconstrução do outro e uma autodesconstrução: tanto conteúdos de sentido do “outro” são desarticuladas (falsificados!) e rearticulados internamente, quando conteúdos de sentidos originários da própria ordem são desarticulados (falsificados!) e rearticulados em face da introdução do “outro”.<sup>183</sup>

Além disso, é importante ter conhecimento de que a comunicação transversal entre as ordens não tem como objetivo construir o consenso. O Transconstitucionalismo é baseado na possibilidade de que os problemas que transcendem as mais diversas ordens tenham suas soluções construídas pela cooperação e conflitos entre estas, ou seja, por uma relação que envolva múltiplas racionalidades.

O que caracteriza o transconstitucionalismo entre ordens jurídicas é, portanto, ser um constitucionalismo relativo a (soluções de) problemas jurídico-constitucionais que se apresentam simultaneamente a diversas ordens. Quando questões de direitos fundamentais ou de direitos humanos submetem-se ao tratamento jurídico concreto, perpassando ordens jurídicas diversas, a “conversação” constitucional é indispensável.<sup>184</sup>

Por fim, deve ficar bastante clara a ideia de que essa “conversação” horizontalizada entre ordens jurídicas diversas é fundamental para a ocorrência do Transconstitucionalismo como modelo que objetiva resolver problemas de natureza constitucional.

#### **4. SOBERANIA ESTATAL A PARTIR DO TRANSCONSTITUCIONALISMO**

O presente tópico tratará mais precisamente do que representa a soberania estatal para o Transconstitucionalismo, procurando responder o que significa tal conceito à luz desse novo modelo.

---

<sup>182</sup> *Ibid.*: p. 298.

<sup>183</sup> NEVES, 2009: p. 118.

<sup>184</sup> *Ibid.*: p. 129.



Para abordar o tema, optou-se por fazer uma análise mais focada nas relações entre ordem estatal e internacional justamente por ser esse o tipo de relação em que mais se suscita a existência da soberania do Estado na atualidade (não sendo, obviamente, o único).

Deve ficar claro, como já explicado no tópico anterior, que em uma relação transconstitucional não existe uma hierarquia entre ordens, ou seja, não se pode falar na existência de redes verticais, conseqüentemente, tampouco na primazia de uma ordem sobre outra. Portanto, essa “horizontalidade” – resultante de uma hierarquia entrelaçada<sup>185</sup> – vai de encontro (rejeita) às correntes que defendem a existência de uma supremacia da ordem internacional sobre a estatal após a consolidação das cartas de direitos fundamentais acima citadas.

Ou seja, tanto em uma perspectiva quanto em outra, os problemas constitucionais passam a ter uma relevância simultânea, exigindo novos modelos de análise: não só o provincianismo estatalista deve ser aqui rejeitado; igualmente é prejudicial a um modelo racionalmente adequado de solução de conflitos o pseudouniversalismo internacionalista, que, antes constitui uma outra forma de visão provinciana dos problemas constitucionais.<sup>186</sup>

Logo, tendo em vista que os problemas dessa natureza envolvem pretensões que ultrapassam o âmbito de validade interno das ordens jurídicas<sup>187</sup>, carece de sentido procurar soluções partindo-se de uma única racionalidade, seja a internacional ou a estatal.

Outro aspecto que deve ser ressaltado é que nas relações transconstitucionais, as decisões proferidas por ordens jurídicas de nível internacional são reinterpretadas à luz das ordens jurídicas nacionais, destarte, não se pode falar também de uma imposição direta de decisões, pois, para o Transconstitucionalismo (como mencionado anteriormente), um modelo que parta de uma única perspectiva, seja essa a estatal ou a internacional abrangente, é irracional<sup>188</sup>. Destarte, esse processo de autoinstitucionalização do constitucionalismo no plano do Estado é fundamental para que não falte – devido a tal imposição – uma das racionalidades jurídicas específicas e necessárias à afirmação dessa relação concreta<sup>189</sup>.

Dessa maneira, a soberania fundamentada em uma imposição unilateral de decisões por parte de uma ordem jurídica não coadunaria com o Transconstitucionalismo, já que a existência de uma ordem que detém a capacidade de impor decisões diretamente às outras fere um dos seus principais preceitos. Por conseguinte, o conceito de soberania deve ser associado

---

<sup>185</sup> NEVES, 2012: p. 55.

<sup>186</sup> *Ibid.*: p. 135.

<sup>187</sup> *Ibid.*: p. 133.

<sup>188</sup> *Ibid.*: p. 134.

<sup>189</sup> *Ibid.*: p. 133.

à capacidade de uma ordem jurídica ser uma das racionalidades necessárias às relações transversais concernentes ao Transconstitucionalismo.

Essa capacidade de atuar como racionalidade transconstitucional não implica uma atuação efetiva dessa, pois uma ordem pode possuir tal capacidade, porém negar-se autonomamente a agir como tal e isso não deve significar uma necessária ausência de soberania, somente é a negação de exercer sua aptidão. Uma ordem jurídica estatal detentora dessa capacidade real pode simplesmente optar por ficar à margem do Transconstitucionalismo.

A essa característica do conceito de soberania estatal soma-se a necessidade de haver o comprometimento em levar a sério os problemas básicos do constitucionalismo<sup>190</sup>.

Por conseguinte, embora haja ordens jurídicas que estão à margem do transconstitucionalismo, esse não pode excluir o desenvolvimento de institutos que possam levar a uma relação construtiva de aprendizado e intercâmbio com essas ordens. Evidentemente, tal situação importa limites do transconstitucionalismo na sociedade mundial assimétrica, mas não exclui o seu significado para o desenvolvimento da dimensão normativa dessa sociedade<sup>191</sup>.

Tendo em vista o exposto, a soberania estatal passa a significar que tal ordem detém a capacidade de ser uma das racionalidades necessárias ao Transconstitucionalismo – é, portanto, redundante afirmar que ela não se encontra submetida a outra – sendo cada vez mais legitimada como uma noção relativa a “uma responsabilidade política regional nas condições estruturais da sociedade mundial”<sup>192</sup>.

Dessa maneira, deve ficar claro que

não se podem excluir conflitos ou colisões insanáveis entre ordens jurídicas, nem se pode eliminar definitivamente a pretensão “imperial” de uma das ordens envolvidas em face das outras: nacionalismo, internacionalismo, supranacionalismo, transnacionalismo e localismo são avessos ao aprendizado normativo recíproco, especialmente nos termos reflexivos abrangentes do Transconstitucionalismo.<sup>193</sup>

O outro aspecto que deve ser somado a esses é que a soberania estatal encontra sua autonomia limitada territorialmente<sup>194</sup>. Isso implica, portanto, que há fronteiras que determinam o âmbito de validade para a autoinstitucionalização do constitucionalismo no plano do Estado. Dessa maneira, os mecanismos que servem à rearticulação da identidade

---

<sup>190</sup> NEVES, 2009: p. 129.

<sup>191</sup> *Ibid.*: p. 130.

<sup>192</sup> LUHMANN, N. *apud* NEVES, 2009: p. 133-134.

<sup>193</sup> NEVES, 2009: p. 127.

<sup>194</sup> *Ibid.*: p. 159.

constitucional mediante a observação da solução oferecida por outra ordem<sup>195</sup> encontram o limite territorial imposto pela própria constituição à ordem jurídica estatal a que pertencem.

Considera-se que o conceito de soberania aqui construído difere bastante daquele trabalhado por Martti Koskeniemi, pois, não o enxergamos através das lentes de uma “redução aos propósitos” (“*reduction to purpose*”)<sup>196</sup> em que a soberania só possui efeitos reais se se encontra de acordo com os desejos e preferências do povo. Além disso, o autor possui uma visão bastante negativa das funções da soberania atualmente e acaba por defini-la como

a narrow, ethnocentric way to think about the relations of human beings. [...] Sovereignty, we say, upholds egoistic interests of limited communities against the world at large, providing unlimited opportunities for oppression at home. It is, we sometimes say, “organized hypocrisy”. If a country claims that a matter is under its “domestic jurisdiction”, and refers to Article 2(7) of the UN Charter, we are inclined to think of this as an effort by its leaders to hide from well-founded international criticism.<sup>197</sup>

Ainda segundo Koskeniemi, a soberania falhou sociologicamente por não conseguir articular as interdependências que ligam os homens por todo o mundo, e funcionalmente por não ser capaz de lidar com problemas de natureza global (como os climáticos e o terrorismo, por exemplo) e ainda prejudicar projetos benéficos como o livre comércio e a proteção dos direitos humanos<sup>198</sup>.

Porém, o conceito desenvolvido nesse trabalho envolve, além da limitação territorial, o relacionamento com outras ordens jurídicas em busca da solução de problemas constitucionais relevantes, ou seja, uma preocupação crescente com esse tipo de problema. Portanto, nem sempre que um país recorre à sua “soberania” significa que ele esteja tentando se proteger da crítica internacional, mas pode, na realidade, estar buscando exercer a racionalidade necessária ao Transconstitucionalismo em busca de uma solução mais adequada aos problemas desse tipo.

Como exemplo dessa última afirmação<sup>199</sup>, podemos citar a Lei Geral da Copa<sup>200</sup>, pois,

---

<sup>195</sup> NEVES, 2012: p. 60-61.

<sup>196</sup> KOSKENIEMI, 2010: p. 66.

<sup>197</sup> *Ibid.*: p. 61.

<sup>198</sup> *Ibid.*: p. 61.

<sup>199</sup> Outro exemplo que pode ser oferecido é a solução adotada pela Islândia para contornar a crise econômica que assolou diversos países europeus. O país optou, exercendo a racionalidade soberana, por não adotar as políticas de austeridade propostas por organismos supranacionais (Banco Central Europeu), internacionais (Fundo Monetário Internacional) e por países (como Alemanha e França) acreditando que essas medidas implicavam na redução drástica dos direitos fundamentais garantidos por sua Constituição. (Ver melhor em: SALLES, João. *A grande ilusão*. Revista Piauí. Disponível em: <http://revistapiaui.estadao.com.br/edicao-28/carta-da-islandia/a-grande-ilusao>. Acesso em 2 jun. 2013)

durante a sua elaboração, a *Fédération Internationale de Football Association* (FIFA) requeria que, como condição da realização da Copa do Mundo de 2014, houvesse no Brasil a total suspensão da venda de ingressos com valor reduzido (ingressos usualmente conhecidos como “meia-entrada”) para os jogos da Copa, porém essa garantia encontra-se presente em grande parte das legislações estaduais. A soberania da ordem jurídica estatal – entendida aqui como a capacidade de exercer a racionalidade transconstitucional – permitiu que fosse encontrada uma solução alternativa (artigo 26 da lei) que não limitasse por completo esse tipo de legislação que efetiva garantias constitucionais (como, por exemplo, o artigo 215 da Constituição Federal do Brasil) e, ao mesmo tempo, atendesse às demandas da FIFA.

Portanto, o significado da soberania dos nossos Estados não prescinde de permissão dada pela “governança global”<sup>201</sup>. Essa última é um conceito normativo-jurídico que indica a não-subordinação da ordem ou instituição jurídica estatal a qualquer outra ordem ou instituição jurídica<sup>202</sup>, somada à capacidade de exercer uma das racionalidades necessárias ao Transconstitucionalismo. Dessa maneira, negar a importância do seu papel, defendendo uma transferência ilimitada do poder de decisão das mãos dos Estados para sistemas globais de conhecimento ou especialidades<sup>203</sup>, é extremamente prejudicial, pois exclui da busca soluções para os problemas constitucionais a racionalidade exercida pela ordem jurídica estatal.

## 5. IMPLICAÇÕES DA SOBERANIA ESTATAL TRANSCONSTITUCIONAL

Esse último tópico pretende realizar um exame do caso “Gomes Lund e outros (‘Guerrilha do Araguaia’) vs. Brasil” com o objetivo de entender de que maneira a resignificação da soberania estatal pode promover a efetivação e ampliação dos direitos fundamentais ou o controle de poder. Para dar início ao tópico, será feita uma breve introdução sobre como se desenvolveu o conflito em análise, quais eram as demandas envolvidas e de que maneira a ordem jurídica internacional – a Corte Interamericana de Direitos Humanos, nesse caso – introduziu-se na controvérsia em busca de uma solução para esse litígio.

A Guerrilha do Araguaia foi um movimento de resistência à Ditadura Militar instaurada no Brasil após o golpe ocorrido em 1964. O grupo de guerrilheiros realizou suas operações na região Amazônica, às margens do rio Araguaia, na microrregião do Bico do Papagaio (norte

---

<sup>200</sup> BRASIL, 2012c.

<sup>201</sup> KOSKENNIEMI, 2010: p. 63.

<sup>202</sup> NEVES, 2008: p. 157.

<sup>203</sup> KOSKENNIEMI, 2010: p. 65.

do estado do Tocantins e Sul do Pará), e teve como responsável por sua criação o Partido Comunista do Brasil (PCdoB). Suas atividades iniciaram-se em 1966, quando esse partido começou a recrutar jovens com o intuito de estabelecer uma resistência rural armada. Durante seis anos o grupo foi se fortalecendo com a realização de treinamentos na região, apoiados inclusive por nativos, e com o progressivo aumento do número de membros. Estima-se que em 1972 (ano anterior às empreitadas das Forças Armadas) a Guerrilha contava com setenta membros, que em sua maioria eram jovens inexperientes de classe média (havia também a participação de alguns nativos e de militantes que já possuíam treinamento prévio)<sup>204</sup>.

Entre os anos 1972 e 1975, as Forças Armadas realizaram nove operações na região com o intuito de eliminar esse foco de resistência ao Governo. Sabe-se que as ordens recebidas pelos militares que participaram dessas empreitadas seguiam no sentido de não fazer prisioneiros e de utilizar todo e qualquer meio necessário à obtenção de informações que levassem a total eliminação do grupo<sup>205</sup>. Segundo o oficial da Aeronáutica, Pedro Corrêa Cabral, após as nove expedições, as Forças Armadas teriam realizado em janeiro de 1975 uma “operação limpeza” na região. Em 19 de outubro de 1993, a revista *Veja* publicou matéria com Cabral – capitão na época da guerrilha –, que teria pilotado um helicóptero transportando corpos desenterrados em Bacaba para incineração no topo da Serra das Andorinhas<sup>206</sup>.

Em 1995, os familiares das vítimas interpuseram uma ação civil ordinária na Justiça Federal Brasileira<sup>207</sup> que cobrava informações sobre o paradeiro e as circunstâncias dos desaparecimentos dos militantes, assim como a localização dos mesmos e, no caso de não estarem mais vivos, a determinação da identificação e entrega dos restos mortais aos respectivos parentes<sup>208</sup>. Porém, a resolução dessa ação mostrava-se bastante morosa e a União utilizava-se de diversos meios para impedir que a decisão fosse proferida (foram interpostos quatro Recursos Ordinários e seis Recursos Extraordinários) e que ela fosse condenada.

Tendo em vista esse parcial esgotamento da ordem jurídica estatal, as famílias das vítimas (representadas pelo Centro pela Justiça e a *Human Rights Watch/America*) levaram, em 1995, uma petição à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). A Comissão elaborou um parecer com recomendações a serem seguidas pelo Estado brasileiro, sendo ele notificado em 2008. O prazo concedido para que o Brasil colocasse em prática as recomendações feitas esgotou-se sem uma “implementação satisfatória”. Devido a isso, em

---

<sup>204</sup> BRASIL, 2007: p. 198.

<sup>205</sup> *Ibid.*: p. 198.

<sup>206</sup> *Ibid.*: p. 199.

<sup>207</sup> BRASIL, 1982.

<sup>208</sup> AFFONSO, KRSTICEVIC, 2011: p. 363.

2009 a Comissão ajuizou uma demanda na Corte Interamericana de Direitos humanos contra a República Federativa do Brasil com o intuito de concretizar a obrigação dos Estados de apresentar a verdade à sociedade e investigar, processar e punir grandes violações de direitos humanos.

Já em 18 de julho de 2009, o Grupo Tortura Nunca Mais do Rio de Janeiro, a Comissão de Familiares de Mortos e Desaparecidos Políticos do Instituto de Estudos da Violência do Estado e o Centro pela Justiça e o Direito Internacional (doravante denominados “representantes”) apresentaram seu escrito de solicitações, argumentos e provas, nos termos do artigo 24 do Regulamento. Nesse escrito, solicitaram ao Tribunal que declare, “[e]m relação ao desaparecimento forçado das [supostas] vítimas [...] e à total impunidade referente aos fatos”, a responsabilidade internacional do Estado brasileiro pela violação dos artigos 3, 4, 5, 7, 8 e 25 da Convenção, todos em conexão com os artigos 1.1 e 2 do mesmo instrumento, bem como dos artigos 1, 2, 6 e 8 da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura; dos artigos 8 e 25, em conexão com os artigos 1.1 e 2 da Convenção Americana; dos artigos 1, 6 e 8 da Convenção Interamericana contra a Tortura pela falta de investigação e da devida diligência nos procedimentos de âmbito interno; dos artigos 1.1, 2, 13, 8 e 25 da Convenção pelas restrições indevidas ao direito de acesso à informação; dos artigos 1.1, 8, 13 e 25 da Convenção pela violação do direito à verdade; e do artigo 5 da Convenção pela violação da integridade pessoal dos familiares das supostas vítimas desaparecidas.<sup>209</sup>

Além dessas entidades autônomas, outras oito enviaram escritos à Corte na qualidade de *amicus curiae*, dentre elas a *Open Society Justice Initiative*, *Commonwealth Human Rights Initiative*, *Open Democracy Advice Centre*, *South African Initiative* e a Ordem dos Advogados do Brasil, seccional do Rio de Janeiro<sup>210</sup>. Nota-se, portanto, que diversas entidades buscaram a Corte Interamericana de Direitos Humanos como uma alternativa para a solução incipiente apresentada pela ordem jurídica estatal brasileira.

Então, diante dos argumentos expostos por essas entidades à Corte, o Brasil, fundamentou a sua defesa em três principais pontos, solicitando que o Tribunal: 1 – reconhecesse a incompetência *ratione temporis* para examinar as supostas violações ocorridas antes do reconhecimento da jurisdição contenciosa da Corte pelo Brasil; 2 – declarasse-se incompetente, em virtude da falta de esgotamento dos recursos internos; e 3 – arquivasse de imediato o presente caso, ante a manifesta falta de interesse processual dos representantes<sup>211</sup>.

O ponto apresentado pelo Brasil que mais interessa ao tema desse trabalho situa-se na argumentação de que a Corte não teria “competência” para julgar o caso devido à falta de

---

<sup>209</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010: p. 4.

<sup>210</sup> *Ibid.*: p. 6-7.

<sup>211</sup> *Ibid.*: p. 5.

esgotamento dos recursos internos e a proibição da *quarta instância*, ou seja, o argumento tende a afirmar que a ordem jurídica brasileira deve ser reconhecida como *ultima ratio* para resolver o conflito, já que ele se refere a um problema interno do país.

Para fundamentar a primeira parte dessa sua alegação, o Estado apresentou diversas justificativas, dentre elas a necessidade de debater o tema e deliberar democraticamente sobre ele, principalmente de esperar uma resposta do Supremo Tribunal Federal (STF) na *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental* número 153<sup>212</sup>. Porém, em 2010, o STF proferiu decisão contrária à ADPF 153 (7 votos a 2) e após isso, com o intuito de justificar a segunda parte de sua alegação,

o Estado questionou a competência da Corte Interamericana para revisar decisões adotadas pelas mais altas cortes de um Estado [...] afirmou ainda que a tramitação da ADPF número 153 respeitou o devido processo legal, foi transparente, permitiu a participação de todos os interessados e garantiu a imparcialidade e independência judicial e, por outro lado, o caráter subsidiário da atuação dos órgãos do Sistema Interamericano, que não podem constituir-se em tribunais de alçada para examinar alegados erros, de fato ou de direito, cometidos por tribunais nacionais que tenham atuado dentro de suas competências.<sup>213</sup>

Sobre a parte inicial da defesa brasileira, a Corte afirmou que, além da ADPF não ter estado disponível no momento da interposição do recurso à Corte, o objeto da Arguição é outro: evitar ou reparar lesão a uma norma fundamental. Assim, não constitui recurso adequado para reparar as violações alegadas (esclarecer os fatos, estabelecer as responsabilidades individuais deles recorrentes e determinar o paradeiro das supostas vítimas desaparecidas)<sup>214</sup>.

Acerca da segunda parte, que versa sobre a proibição da quarta instância, a Corte alegou que a demanda apresentada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos não objetiva revisar a sentença proferida pelo Supremo Tribunal Federal, mas sim garantir que fique definido que o Estado brasileiro violou determinadas obrigações internacionais dispostas em diversos preceitos da Convenção Americana, em prejuízo das supostas vítimas<sup>215</sup>.

---

<sup>212</sup> Em outubro de 2008 a Ordem dos Advogados do Brasil ajuizou uma ação de *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental* mediante a qual solicitou ao Supremo Tribunal Federal que confira à Lei de Anistia uma interpretação conforme a Constituição de modo que se declare que a anistia concedida por essa lei aos crimes políticos ou conexos não se estende aos crimes comuns praticados pelos agentes de repressão contra opositores políticos, durante o regime militar (*Ibid.*: p. 18).

<sup>213</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010: p. 18.

<sup>214</sup> *Ibid.*: p. 19.

<sup>215</sup> Inclusive, *inter alia*, o direito de não ser submetido a um desaparecimento forçado decorrente dos artigos 3, 4, 5 e 7 da Convenção Americana, o direito à proteção judicial e às garantias judiciais relativos ao esclarecimento dos fatos e à determinação das responsabilidades individuais por esses mesmos fatos, decorrentes dos artigos 8 e 25 da Convenção Americana (*Ibid.*: p. 20).

Então, em 24 de novembro de 2010, pouco menos de dois anos após o envio da demanda à Corte, o Tribunal emitiu uma decisão sobre o caso. Nela, a Corte declarou que

as disposições da Lei da Anistia brasileira que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos são incompatíveis com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos [...]. O Estado é responsável pelo desaparecimento forçado e, portanto, pela violação dos direitos ao reconhecimento da personalidade jurídica, à vida, à integridade pessoal e à liberdade pessoal [...]. O Estado descumpriu a obrigação de adequar seu direito interno à Convenção [...] e é responsável pela violação do direito à liberdade de pensamento e de expressão [...] e do direito à integridade pessoal em prejuízo dos familiares.<sup>216</sup>

E dispôs que

a sentença constitui *per se* uma forma de reparação. O Estado deve conduzir eficazmente, perante a jurisdição ordinária, a investigação penal dos fatos a fim de esclarecê-los e aplicar as devidas sanções [...], realizar todos os esforços para determinar o paradeiro das vítimas desaparecidas [...], oferecer tratamento médico e psicológico ou psiquiátrico [...], realizar ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional [...], implementar curso de capacitação em direitos humanos dirigido a todos os níveis hierárquicos das Forças Armadas [...] tipificar o delito de desaparecimento forçado de pessoas [...], continuar desenvolvendo as iniciativas de busca, sistematização e publicação de toda a informação sobre a Guerrilha do Araguaia [...], e pagar as quantias fixadas nos parágrafos 304, 311 e 318 da sentença.<sup>217</sup>

A Corte dispôs também que dará por concluído o caso uma vez que o Estado tenha dado cabal cumprimento ao que se encontra na sentença e que dentro do prazo de um ano, a partir de sua notificação, ele deverá apresentar ao Tribunal um informe sobre as medidas adotadas para o seu cumprimento<sup>218</sup>.

Como se pode apreender do caso, a partir da provocação da Corte Interamericana de Direitos Humanos (entidade da ordem jurídica internacional) os grupos sociais organizados possibilitaram que os problemas concernentes às graves violações de direitos humanos que ocorreram no Brasil durante o período da ditadura militar (1964 a 1985) tivessem suas “soluções” buscadas a partir de uma racionalidade diferente da ordem jurídica estatal, procurando-as, então, através da perspectiva de um *alter*. Nesse caso concreto, as implicações na Justiça brasileira já podem ser notadas (como será demonstrado a seguir).

Em 2011, um ano após a sentença da Corte ter sido proferida, houve a criação da

---

<sup>216</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010: p. 114.

<sup>217</sup> *Ibid.*: p. 115 e 116.

<sup>218</sup> *Ibid.*: p. 116.



Comissão da Verdade<sup>219</sup> objetivando investigar as violações de direitos humanos ocorridas no período de 1946 a 1988. Os resultados da Comissão possibilitaram que as famílias das vítimas tivessem conhecimento acerca da verdade por meio do acesso às informações e relatos sobre o que realmente ocorreu nesse período.

Em 12 de abril de 2012, o Juiz Guilherme Madeira Dazem (2ª Vara de Registros Públicos do Tribunal de Justiça de São Paulo) proferiu sentença<sup>220</sup> favorável a Maria Ester Cristelli Drumond, viúva de João Batista Franco Drumond – vítima do regime militar –, determinando a alteração, na certidão de óbito de seu ex-cônjuge, de “falecido no dia 16 de dezembro de 1976 na Av. 9 de Julho c/R;Paim” para “falecido no dia 16 de dezembro de 1976 nas dependências do DOI/CODI II Exército, em São Paulo” e de causa da morte “Traumatismo craniano encefálico” para “decorrente de torturas físicas”. Em sua decisão, o Juiz fundamentou-se na sentença proferida pela Corte Interamericana com base nos seguintes argumentos:

Vale dizer, há sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos que determina que o Brasil efetive medidas para o reconhecimento do Direito à Memória e à Verdade. Daí a particularidade deste caso que o afasta de todos os demais com pretensões similares. Não se trata de discutir se tortura pode ser incluída como “causa mortis” ou não. Trata-se de reconhecer que, na nova ordem jurídica, há tribunal cujas decisões o Brasil se obrigou a cumprir e esta é mais uma destas decisões.<sup>221</sup>

A sentença da Corte também foi utilizada pelo Ministério Público Federal em denúncia criminal contra Sebastião Curió Rodrigues de Moura (codinome na época “Dr. Luchini”), então Major do Exército designado para atuar na repressão local à Guerrilha do Araguaia, por ter promovido, mediante atos intelectuais e materiais, o sequestro das vítimas citadas na denúncia, privando-as de liberdade, tendo, posteriormente, como responsável também pelos interrogatórios, permitido – na condição de garante – e concorrido para os maus-tratos infligidos às vítimas<sup>222</sup>. Com o intuito de derrubar a liminar que atualmente suspende a investigação, o procurador regional da República, Paulo Queiroz, solicitou que a Justiça Federal levasse em consideração a decisão proferida pelo Tribunal e cumprisse-a dando prosseguimento à referida investigação.

Destarte, pode-se perceber que os grupos sociais organizados, amparados em sua busca constante pela concretização e reparação de direitos humanos – além da crescente

---

<sup>219</sup> BRASIL, 2011.

<sup>220</sup> BRASIL, 2012b.

<sup>221</sup> BRASIL, 2012b: p. 4.

<sup>222</sup> BRASIL, 2012a: p. 2.

responsabilidade política do Estado para questões urgentes<sup>223</sup> –, poderão exigir, por meio da provocação de ordens localizadas em outros níveis, v que a ordem jurídica brasileira (mais especificamente a sua Corte Suprema) não se pautar por uma “proibição da quarta instância” (ou seja, uma postura irracional que nega a importância das outras ordens para a solução de problemas) e revise sua sentença em busca da consolidação desses direitos.

Portanto, deve ficar claro que os problemas de natureza constitucional não se limitam às fronteiras dos Estados e que é justamente a partir desse reconhecimento que se passa a não mais aceitar que a ordem jurídica do Estado seja enxergada como a *ultima ratio* para a solução de problemas dessa natureza. Assim, os grupos sociais organizados – como também ordens jurídicas – têm a possibilidade de não mais permitir que as comunicações transversais com o objetivo de solucionar esses conflitos tenham sua continuidade impedida fundamentando-se nos velhos “princípios tradicionais de autodeterminação ou da igualdade soberana<sup>224</sup>”.

Assim, essa ressignificação da soberania estatal permite que – por meio da possibilidade de recorrer a outra ordem jurídica diferente da estatal para solucionar os problemas constitucionais – os indivíduos e tais grupos tornem-se movimentos sociais juridicamente criativos.

Embora tais movimentos careçam da cobertura do governo por meio do monopólio da força, eles são extremamente eficazes, haja vista que, do ponto de vista gramsciano, é “plausível argumentar que no direito internacional e nas relações internacionais, as condições sob as quais ‘o consentimento espontâneo’ pode ser fabricado são tão importantes, se não mais importantes, do que a existência de mecanismos enérgicos de execução<sup>225</sup>, precisamente porque a questão é a formação de uma visão de mundo, a qual é tudo o que pode criar um consenso na utilização daquele monopólio da força em primeiro lugar.<sup>226</sup>

A partir disso, põe-se fim à afirmação da existência da *ultima ratio* para esses tipos de casos, permitindo assim que o Transconstitucionalismo se desenvolva. Por conseguinte, os grupos sociais organizados ampliam a sua capacidade de atuar na construção do direito e da hegemonia global<sup>227</sup> – mesmo que contra o interesse da ordem jurídica estatal – através da provocação das diversas outras ordens existentes nos múltiplos níveis da sociedade mundial.

---

<sup>223</sup> NEVES, 2008: p. 162.

<sup>224</sup> NEVES, 2009: p. 133.

<sup>225</sup> RAJAPOGAL, B. *apud*. BUCKEL, FISCHER LESCANO, 2009: p. 485.

<sup>226</sup> BUCKEL, FISCHER LESCANO, 2009: p. 485.

<sup>227</sup> Cf. BUCKEL; FISCHER-LESCANO, 2009.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AFFONSO, B., KRSTICEVIC, V. “A dívida histórica e o caso Guerrilha do Araguaia na Corte Interamericana de Direitos Humanos impulsionando o direito à verdade e à Justiça no Brasil” *in* ABRÃO, P., PAYNE, L., TORELLY, M. (org.) *A Anistia na Era da Responsabilização: O Brasil em Perspectiva Internacional e Comparada*. Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia, Oxford: Oxford University, Latin American Centre, 2011.

ARRUDA, J. *História Moderna e Contemporânea*. 25ª Edição. São Paulo: Editora Ática S.A., 1993.

BODIN, J. *Los Seis Libros de la Republica*. 1ª Edição. Madrid: Depósito Legal, 1973.

BRASIL. Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979. Concede anistia e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília. 28 de agosto. p. 12265. Seção 1.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Seção Judiciária do Distrito Federal. Processo nº 475-06.1982.4.01.3400 (número antigo: 82.00.24682-5). Julia Gomes Lund e outros vs. União Federal. Juíza Titular da 1ª Vara Cível Federal: Solange Salgado da Silva Ramos e Vasconcelos. 19 fev. 1982. Disponível em: <http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=4750619824013400&secao=DF&enviar=Pesquisar>. Acesso em: 29 mai. 2013.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9140, de 04 de dezembro de 1995. Reconhece como mortas as pessoas desaparecidas em razão de participação, ou acusação de participação, em atividades políticas, no período de 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília. 05 de dezembro. p. 19985. Seção 1.

\_\_\_\_\_. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. *Direito à Memória e à Verdade: Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos*. 1ª Edição. Brasília, 2007.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Eros Grau. 29 abr. 2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF153.pdf>. Acesso em: 29 out. 2012

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.528 de 18 de novembro de 2011. Cria a Comissão Nacional da Verdade no âmbito da Casa Civil da Presidência da República. Diário Oficial da União, Brasília. 18 de novembro. Edição extra. p. 5. Seção 1.

\_\_\_\_\_. Ministério Público Federal. Denúncia referente ao Procedimento Investigatório Criminal nº 1.23.001.000180/2009-14. 23 fev. 2012a. Disponível em: [http://www.prpa.mpf.gov.br/news/2012/Denuncia\\_Guerrilha\\_Araguaia\\_versao\\_divulgacao.PDF%20-%20Adobe%20Acrob.pdf](http://www.prpa.mpf.gov.br/news/2012/Denuncia_Guerrilha_Araguaia_versao_divulgacao.PDF%20-%20Adobe%20Acrob.pdf). Acesso em: 29 mai. 2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 2ª Vara de Registros Públicos. Retificação ou Suprimento ou Restauração de Registro Civil. Processo nº 0059583-24.2011.8.26.0100. Juiz Titular da 44ª Vara Cível da Comarca de São Paulo: Guilherme Madeira Dezem. 12 abr. 2012b. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/sentenca-garantia-direito-verdade.pdf>. Acesso em: 29 mai. 2013.

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.663 de 05 de junho de 2012c. Dispõe sobre as medidas relativas à Copa das Confederações FIFA 2013, à Copa do Mundo FIFA 2014 e à Jornada Mundial da Juventude - 2013, que serão realizadas no Brasil; altera as Leis nºs 6.815, de 19 de agosto de 1980, e 10.671, de 15 de maio de 2003; e estabelece concessão de prêmio e de auxílio especial mensal aos jogadores das seleções campeãs do mundo em 1958, 1962 e 1970. Diário Oficial da União, Brasília. 06 de junho. p. 3. Seção 1.

BUCKEL, S., FISCHER-LESCANO, A. Reconsiderando Gramsci: Hegemonia no Direito Global. 10ª Edição. São Paulo: Revista Direito GV, 2009.

CAMPAGNOLO, U., KELSEN, H. Direito Internacional e Estado soberano. 1ª Edição. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil. 24 de novembro de 2010.

CONFERENCIA ESPECIALIZADA INTERAMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. Pacto de São Jose da Costa Rica. 22 de novembro de 1969.

FERRAJOLI, L. A Soberania no Mundo Moderno. 2ª Edição. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ESTADÃO. Procuradoria quer retomar ação contra Curió. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/noticias/nacional,procuradoria-quer-retomar-acao-contra-curio,974882,0.htm>. Acesso em: 29 mai. 2013.

KELSEN, H. Teoria Geral do Direito e do Estado. 4ª Edição. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

KOSKENNIEMI, M. What Use for Sovereignty Today?. Asian Journal of International Law, 2010.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. MPF ajuíza ação contra Curió por sequestros na guerrilha do Araguaia. Disponível em: <http://www.prpa.mpf.gov.br/news/2012/mpf-denuncia-curio-por-sequestros-na-guerrilha-do-araguaia/>. Acesso em: 29 mai. 2013.

NEVES, M. Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil. 2ª Edição. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

\_\_\_\_\_. Transconstitucionalismo. 1ª Edição. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

\_\_\_\_\_. “Transconstitucionalismo, con especial referencia a la experiencia latinoamericana” in CAPALDO, G., CLÉRICO, L., SIECKMANN, J. (org.). **Internacionalización del derecho constitucional, constitucionalización del derecho internacional**. 1ª Edição. Buenos Aires: Eudeba; Fundación Alexander von Humboldt, 2012.

SCHMITT, C. Teologia Política. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

# **O PROCESSO DE BENEFICIAMENTO DE ROCHAS ORNAMENTAIS E SUAS IMPLICAÇÕES JURÍDICO-AMBIENTAIS**

## **THE PROCESS OF PROCESSING OF ORNAMENTAL STONES AND ITS LEGAL- ENVIRONMENTAL IMPLICATIONS**

**Adriana Isabelle Barbosa Lima Sá Leitão<sup>228</sup>**

### **RESUMO**

O Brasil ostenta altos índices na exploração de rochas ornamentais, atividade que configura importante incremento à sua economia. O crescimento do mercado de bens minerais gera volumosos impactos ambientais, de modo que, sendo inviável a redução dessa prática industrial, buscam-se métodos de reutilização e reciclagem dos rejeitos. O estudo que ora se apresenta visa explicitar a necessidade da adoção de medidas mais viáveis para o reaproveitamento dos resíduos oriundos, sobretudo, do processo de beneficiamento de minerais não metálicos, em especial das rochas graníticas. Alicerçado sob a análise de obras bibliográficas nos campos do Direito Constitucional e Ambiental, de artigos científicos voltados para o estudo da mineração e de seus desdobramentos, bem como a partir de dados estatísticos expedidos pelos órgãos responsáveis pela fiscalização da atividade minerária brasileira, com enfoque no estado do Espírito Santo, estado brasileiro com maior expressividade nessa seara, foi possível tecer as considerações a seguir apresentadas.

**PALAVRAS-CHAVE:** Rochas Ornamentais. Impactos Ambientais. Resíduos.

### **ABSTRACT**

Brazil has high indexes in the exploitation of ornamental stones, an activity that constitutes an important increase in its economy. The growth of the market of mineral goods generates voluminous environmental impacts, so, being unfeasible the reduction of this industrial practice, it's necessary to find methods of reutilization and recycling of the residual materials. The study now presented aims to make explicit the need to adopt more feasible measures for the reuse of residues, mainly from the process of processing non-metallic minerals, especially granitic stones. Analyzing bibliographical works in the fields of Constitutional and Environmental Law, scientific articles aimed at the study of mining and its developments, as well as from statistical data issued by the agencies responsible for oversight the Brazilian mining activity, focusing on the state of Espírito Santo, the brazilian state with the biggest expressiveness in this area, it was possible to achieve the following considerations.

**KEYWORDS:** Ornamental Stones. Environmental Impacts. Residues.

## **1. INTRODUÇÃO**

Os altos índices brasileiros na exploração de rochas ornamentais permitem-lhe ostentar posição de destaque mundial nessa seara e, sob o enfoque do Direito Ambiental, essa

---

<sup>228</sup> Bacharelada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC). Assessora da Fundação Paulo Bonavides (FPB).

atividade evidencia situações que fazem jus à intervenção jurídica. Isso se deve ao fato de que, dessa praxe, resultam diversas condições adversas como a geração de impactos ambientais expressivos.

Nessa conjuntura, inexistindo a possibilidade de proibir ou até mesmo de reduzir a exploração minerária no País, tendo em vista o seu potencial econômico e os prejuízos que resultariam de uma paralisação dessa prática, constata-se a patente necessidade de impedir que sejam causados danos ambientais.

Fundamentando-se em metodologia de pesquisa essencialmente teórica, assente em jurisprudência relacionada e com base em bibliografia voltada para o Direito Ambiental, foi possível elucidar sérios quadros de inconformismo com a legislação ambiental, primordialmente no estado do Espírito Santo, devido a sua relevância nessa temática. Esse contexto se verifica sobretudo no manuseio dos resíduos minerais, os quais, predominantemente, são descartados sem a devida prudência.

Há, portanto, um cenário de forte antagonismo, de modo que se almeja mitigar esse conflito por meio de intervenções jurídico-hermenêuticas, em atinência à legislação vigente e aos princípios constitucionais e do Direito Ambiental.

Na atual conjuntura social, em que se concede cada vez mais destaque à imprescindibilidade de Pessoas Físicas e Jurídicas conservarem responsabilidade ambiental, demonstra-se a importância deste estudo como meio apto a auxiliar na disseminação de conscientização quanto aos danos oriundos da mineração e as formas de preveni-los e repará-los. Poder-se-á, então, conciliar a obtenção dos benefícios oriundos da exploração minerária com a redução significativa do ônus a ser suportado pelo meio ambiente.

## **2. A EXPLORAÇÃO DE RECURSOS MINERAIS NÃO-METÁLICOS**

As empresas que trabalham com a lavra e a exploração de minerais não metálicos, em especial o granito, basicamente realizam três etapas: a extração, o beneficiamento e a comercialização. Todavia, entende-se que a fase que exige maior cautela e atenção é a de beneficiamento, uma vez que a partir dela diversos são os resíduos produzidos.

Ressalta-se, primeiramente, que os minérios são bens da União, de acordo com o art. 20, inciso IX, da Constituição Federal de 1988: “Art. 20. São bens da União: [...] IX - os recursos minerais, inclusive os do subsolo”. Por essa razão é necessária a expedição de um ato de concessão do órgão ambiental competente para iniciar o processo de exploração dos minérios.

No tocante ao licenciamento ambiental, são emitidas licenças para cada etapa de

exploração, de modo que para a lavra há uma licença de operação específica, enquanto a etapa de beneficiamento requer outra. Todas as licenças necessárias devem estar regularizadas, com os pedidos de renovação protocolizados dentro dos prazos estabelecidos normativamente. O prazo geral de uma licença de operação varia de 04 a 10 anos, todavia há legislação especial, como a do Espírito Santo, que estipula um prazo inferior, de 04 a 06 anos. Evidencia-se portanto a necessidade de atenção quanto às possíveis especificidades normativas.

Em caso de perda do prazo de renovação da licença, é imprescindível que a situação seja regularizada, sem prejuízo das licenças anteriores, as quais permanecem com validade inalterada, caso sejam renovadas em dia. Esse processo deve ser regulamentado junto ao órgão competente que, de acordo com a Resolução nº. 02 do CONSEMA/ES, de 2016, passa a ser de alçada municipal para os casos de exploração de rochas ornamentais. Salienta-se que esse deslocamento de competência não se vincula ao porte de exploração da mina, revogando todo o disposto em contrário, a exemplo da Resolução nº. 05 do CONSEMA/ES, que estabelecia competência estadual quando se ultrapassasse o porte limite de capacidade de produção.

### **3. CONCESSÃO PARA EXPLORAR MINÉRIOS**

A vigente Constituição da República Federativa do Brasil assevera que todos os recursos minerais são considerados bens da União, podendo ser extraídos e beneficiados mediante concessão. Cabe ao Departamento Nacional da Produção Mineral (DNPM) emitir este ato administrativo, bem como fiscalizar os empreendimentos de mineração. Para tanto, o DNPM exige a apresentação da licença ambiental de instalação. Se um empreendimento não for considerado viável no licenciamento ambiental, o Departamento não concederá o direito de lavra.

No caso dos minerais não metálicos ou rochas ornamentais, o ato de concessão que viabiliza a exploração da jazida permite a extração das rochas e seu posterior emprego em fases de adequação de materiais. Em situação de arrendamento da jazida, transfere-se somente o direito de uso da mina, permanecendo a titularidade com o arrendante, assim como a responsabilidade solidária na tarefa de fiscalizar as atividades ali empreendidas.

O DNPM deve observar o cumprimento, pelos agentes exploradores, das obrigações legais pertinentes e, em situações extremas, pode cassar a concessão da lavra. A observância dos princípios do Direito Ambiental e da legislação pertinente, dessa maneira, deve ser tarefa de todos os agentes que executam empreendimentos na mina.

### 3.1. ÓRGÃOS FISCALIZADORES

A CF/88, em seus artigos 23 e 24, estabelece que a competência para proteger o meio ambiente, combater a poluição e fiscalizar a exploração de recursos minerais é comum à União, Estados, Distrito Federal e Municípios, bem como dispõe que os três entes federados podem legislar concorrentemente sobre a responsabilidade por danos ao meio ambiente e sobre a conservação e proteção da natureza.<sup>229</sup>

Nesse esteio, diversos são os órgãos existentes que possuem aptidão e idoneidade para atuar na seara ambiental, especificamente na exploração minerária, como fiscalizadores das atividades realizadas nas minas.

O Departamento Nacional de Produção Mineral foi instituído pela Lei nº. 8.876 de 1994. Segundo essa disposição normativa, é este departamento uma autarquia cuja finalidade principal é promover o planejamento e o fomento da exploração e do aproveitamento dos recursos minerais, além de assegurar, controlar e fiscalizar o exercício dos empreendimentos de mineração em todo o País.<sup>230</sup>

O Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis (IBAMA), por sua vez, é autarquia federal, dotada de autonomia administrativa com finalidade de exercer o poder de polícia ambiental, executando ações supletivas de competência da União.

231

Esse poder de polícia constitui uma prerrogativa da Administração Pública, a qual pode limitar ou disciplinar direitos, interesses e liberdades e regular a prática de atos ou de

---

<sup>229</sup> [Constituição da República Federativa do Brasil de 1988](#). Art. 23. “É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...] VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas; VII - preservar as florestas, a fauna e a flora; XI - registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios; [...]” Art. 24. “Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: [...] VI - florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição; [...] VIII - responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; [...]”

<sup>230</sup> Lei nº. 8.876, de 02 de maio de 1994. Art. 3º “A autarquia DNPM terá como finalidade promover o planejamento e o fomento da exploração e do aproveitamento dos recursos minerais, e superintender as pesquisas geológicas, minerais e de tecnologia mineral, bem como assegurar, controlar e fiscalizar o exercício das atividades de mineração em todo o território nacional, na forma do que dispõe o Código de Mineração, o Código de Águas Minerais, os respectivos regulamentos e a legislação que os complementa, competindo-lhe, em especial: [...]”

<sup>231</sup> **Lei nº 7.735, de 22 de fevereiro de 1989**. Art. 2º. “É criado o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA, autarquia federal dotada de personalidade jurídica de direito público, autonomia administrativa e financeira, vinculada ao Ministério do Meio Ambiente, com a finalidade de: I - exercer o poder de polícia ambiental; II - executar ações das políticas nacionais de meio ambiente, referentes às atribuições federais, relativas ao licenciamento ambiental, ao controle da qualidade ambiental, à autorização de uso dos recursos naturais e à fiscalização, monitoramento e controle ambiental, observadas as diretrizes emanadas do Ministério do Meio Ambiente; e III - executar as ações supletivas de competência da União, de conformidade com a legislação ambiental vigente.



abstenções de fato, em razão do interesse público concernente à saúde da população, à conservação de ecossistemas, ao exercício de atividades econômicas entre outras que necessitem da concessão, autorização ou permissão do Poder Público (devido ao seu potencial de poluição ou agressão à natureza).

Esclarece-se, portanto, com fundamento nos artigos 4º, 5º e 6º da Resolução nº. 237 do CONAMA<sup>232</sup>, que as competências para a fiscalização ambiental e emissão de licenças são distribuídas territorialmente em função da gravidade dos danos. O fato de os minérios serem bens pertencentes à União não atrai necessariamente a competência administrativa federal (do IBAMA). Deve-se observar sobretudo a predominância do interesse como critério para essa disposição de competências.

De maneira simplificada, o IBAMA atuará nos empreendimentos e nas atividades com impacto ambiental de repercussão nacional ou regional. Já o órgão ambiental estadual ou do Distrito Federal será responsável por atuar perante os empreendimentos cujos impactos ultrapassem o limite de um ou mais municípios, enquanto os órgãos ambientais municipais são idôneos para reprimir atividades de impacto local. O IBAMA então possui competência supletiva ou subsidiária à dos demais órgãos, supervisionando-os e auxiliando em seu desempenho quando solicitado. O fato de o estudo ora desenvolvido se ater primordialmente ao estado do Espírito Santo, conforme já exposto, justifica as menções reiteradas ao DNPM, tendo em vista sua atuação fiscalizadora em empreendimentos geradores de impactos intermediários.

Vale mencionar que todos os órgãos acima elencados constituem o Sistema Nacional do Meio Ambiente- SISNAMA, instituído e estruturado pela Política Nacional de Meio Ambiente.<sup>233</sup> A finalidade do sistema é estabelecer uma rede de agências governamentais que visem o asseguramento de mecanismos de implementação e acompanhamento da PNMA.

### **3.2. LICENCIAMENTO AMBIENTAL**

O foco central do licenciamento ambiental é controlar as atividades potencialmente poluidoras, operacionalizando os princípios do Direito Ambiental, especialmente os princípios do poluidor-pagador, da prevenção e da precaução, com o fito de assinalar os riscos inerentes à atividade em questão, formando um ato decisório de implementação ou não do empreendimento, bem como quais serão as medidas mitigadoras e compensadoras da

---

<sup>232</sup> Resolução nº. 237, de 19 de dezembro de 1997.

<sup>233</sup> Lei nº. 6.938, de 31 de agosto de 1981.

degradação a serem implementadas.

Conforme estabelecido na PNMA e na Lei Complementar nº. 140 de 2011, o licenciamento ambiental é “o procedimento administrativo destinado a licenciar atividades ou empreendimentos utilizadores de recursos ambientais efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental”.<sup>234</sup> O licenciamento é uma imposição legal prévia à instalação de qualquer atividade potencialmente degradadora da natureza.

A LC 140/2011 dispõe que os empreendimentos e atividades são licenciados ou autorizados, ambientalmente, por um único ente federativo (representado pelo respectivo órgão ambiental), de modo que os demais entes interessados podem se manifestar ao órgão responsável de maneira não vinculante.<sup>235</sup>

A Resolução do nº. 237 do CONAMA, de 1997, disciplina a concessão das licenças ambientais e os documentos necessários para este fim. Essas poderão ser expedidas isoladas ou sucessivamente, de acordo com as características, a natureza e a fase da atividade. Subdividem-se, portanto, em licença prévia (concedida na fase preliminar do planejamento do empreendimento), licença de instalação (autoriza atividades de implantação do empreendimento) e licença de operação (permite, após a verificação do cumprimento efetivo do que consta das licenças anteriores, a operação da atividade a ser realizada).

A Resolução nº. 237 estabelece diretrizes básicas para a determinação dos prazos de validade de cada licença, todavia, estes variam de acordo com a modalidade e com a legislação federal e estadual vigentes. No estado do Espírito Santo, a licença de operação, de acordo com o Decreto nº. 1.777-R de 2007, é válida de 04 a 06 anos<sup>236</sup>, enquanto a Resolução nº. 237/97 determina um intervalo de 04 a 10 anos para esta mesma licença.<sup>237</sup>

As licenças para empreendimentos e atividades consideradas efetiva ou potencialmente causadoras de degradação ambiental dependerão de prévio estudo de impacto ambiental (EIA) e respectivo relatório de impacto sobre o meio ambiente (RIMA) de modo a evitar a ocorrência de possíveis danos ambientais. Vale mencionar que a concessão de uma

---

<sup>234</sup> [Lei Complementar nº 140, de 08 de dezembro de 2011.](#)

<sup>235</sup> LC 140/2011. Art. 13. “Os empreendimentos e atividades são licenciados ou autorizados, ambientalmente, por um único ente federativo, em conformidade com as atribuições estabelecidas nos termos desta Lei Complementar. § 1º Os demais entes federativos interessados podem manifestar-se ao órgão responsável pela licença ou autorização, de maneira não vinculante, respeitados os prazos e procedimentos do licenciamento ambiental.”

<sup>236</sup> Art. 12, VII - O prazo de validade da Licença de Operação (LO) será de, no mínimo, de 04 (quatro) anos e, no máximo, de 06 (seis) anos. Decreto 1.777-R de 08 de janeiro de 2007. Espírito Santo.

<sup>237</sup> Art. 18, III - O prazo de validade da Licença de Operação (LO) deverá considerar os planos de controle ambiental e será de, no mínimo, 04 (quatro) anos e, no máximo, 10 (dez) anos. Resolução CONAMA 237 de 19 de dezembro de 1997.

licença não implica necessariamente a concessão da posterior, bem como a irregularidade em uma delas, não obrigatoriamente enseja irregularidade nas demais.

### **3.3. EIA E RIMA**

A Resolução 237 define ainda o que são os estudos ambientais:

“todos e quaisquer estudos relativos aos aspectos ambientais relacionados à localização, instalação, operação e ampliação de uma atividade ou empreendimento, apresentado como subsídio para a análise da licença requerida, tais como: relatório ambiental, plano e projeto de controle ambiental, relatório preliminar, diagnóstico ambiental, plano de manejo, plano de recuperação de área degradada e análise preliminar de risco.”

A partir dessa conceituação, destaca-se que a existência do RIMA depende do estudo de impacto ambiental. Ou seja, o EIA é o instrumento que lhe oferece conteúdo e substância. O relatório deve ser apresentado de maneira clara e adequada ao entendimento do público, pois a sua acessibilidade é garantida pelo órgão ambiental por ele responsável.

Seja qual for o ente federativo envolvido no licenciamento e na fiscalização do empreendimento, o processo avaliativo dos impactos ambientais deve ser realizado em três níveis, a saber: uma triagem, que seria a etapa inicial cujo resultado é a produção do EIA; uma etapa de análise técnica, com elaboração do EIA/RIMA e a decisão que vislumbra a aprovação ou não do licenciamento; e finalmente, quando concedida a aprovação, uma análise do monitoramento e da gestão ambiental das atividades.<sup>238</sup>

### **3.4. DESLOCAMENTO DE COMPETÊNCIA**

Em análise da legislação estadual do Espírito Santo, observou-se que a Resolução nº. 05 do CONSEMA/ES determinava, de acordo com o seu anexo único, que era considerado impacto local o desdobramento de rochas ornamentais, quando exclusivo, cuja capacidade máxima de produção de chapas desdobradas (CMCD) fosse menor ou igual a 12.000 metros quadrados (m<sup>2</sup>) por mês<sup>239</sup>. Portanto, esta atividade era tratada como de médio potencial poluidor/degradador, podendo até o porte limite de CMCD acima mencionado, gerar somente impactos locais. Conclui-se assim que, para portes superiores a este, deslocava-se a

---

<sup>238</sup> CASTELLANO, Elisabete Gabriela, CRESTANA, Silvío, ROSSI, Alexandre. Direito Ambiental- Princípios Gerais do Direito Ambiental. 1ª edição. Brasília/DF: Editora Embrapa, 2014. Volume 1, Seção 1, Parte 3, Capítulo 2 – O processo de avaliação de impactos ambientais no Brasil, Flávio Henrique Mingante Schlittler, pp. 203 a 206.

<sup>239</sup> Anexo único, item 3.01 da Resolução do CONSEMA nº. 05 de 17 de agosto de 2012.

competência para o âmbito estadual.

A recente resolução emitida em 2016, nº. 02-CONSEMA/ES, revoga o disposto neste sentido. O anexo II estabelece para o desdobramento de rochas ornamentais, quando exclusivo, que, para qualquer porte de capacidade máxima de produção de chapas desdobradas na mina será considerado impacto de âmbito local aquele oriundo desta atividade<sup>240</sup>. Por essa razão, o agente que possua qualquer irregularidade ambiental decorrente da atividade em jazida, independentemente do potencial produtor e possivelmente poluidor desta, deve reportar-se ao órgão competente em âmbito municipal.

#### **4. BENEFICIAMENTO MINERAL**

O beneficiamento mineral consiste na alteração da rocha bruta para adequá-la as condições de mercado, reduzindo o seu tamanho e transformando-a em blocos. O Ministério de Minas e Energia conceitua beneficiamento ou tratamento de minérios como etapa que “visa preparar granulometricamente, concentrar ou purificar minérios por métodos físicos ou químicos sem alteração da constituição química dos minerais.”<sup>241</sup>

Segundo a Norma Reguladora de Mineração (NRM)<sup>242</sup> nº. 18, todo projeto de beneficiamento de minérios deve otimizar a etapa para obter o máximo aproveitamento da rocha e dos insumos, observadas as condições de economicidade e de mercado e deve desenvolver essa atividade observando a segurança, a saúde ocupacional e a proteção ao meio ambiente.

O beneficiamento mineral, que compreende operações de corte, podendo incluir ainda o tratamento de superfícies com polimento, flambagem e outros métodos, pode ter como objetivo enquadrar o minério segundo o tamanho, a forma, ou outro parâmetro físico para tornar o produto da lavra comercial. Pode concentrar o teor do mineral de interesse no minério, de forma a adequá-lo a especificações mercantis e separar ou extrair o mineral de interesse no minério da fração não aproveitável da rocha, que após a separação se torna um rejeito<sup>243</sup>. Essas técnicas geram resíduos sólidos oriundos do recorte de peças brutas, bem como produzem um efluente líquido com material sólido (pó) proveniente destes cortes.

Há basicamente três tecnologias para o beneficiamento primário de blocos de rochas

---

<sup>240</sup> Anexo II, item 3.01 da Resolução do CONSEMA nº. 02 de 03 de novembro de 2016.

<sup>241</sup> Ministério de Minas e Energia do Brasil (MME) e Portal de apoio ao pequeno Produtor Mineral (PORMIN).

<sup>242</sup> Instituídas pela Portaria nº 237 de 18 de outubro de 2001 do Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM).

<sup>243</sup> Revista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, 2012, Belo Horizonte.

ornamentais em peças de dimensões mais aproximadas daquelas que terão os produtos finais: o corte em tear de lâminas, o corte com fio diamantado e o corte com talha-blocos de discos diamantados.<sup>244</sup>

A indústria de mineração e beneficiamento de granitos no Brasil é uma das mais promissoras áreas de negócio no setor mineral. O país é um dos maiores produtores mundiais desse minério, tanto na forma de blocos como em produtos com acabamento final<sup>245</sup>. O Espírito Santo, segundo o anuário mineral estadual de 2015 do DNPM, teve, em 2014, 155.046 toneladas de produção beneficiada de granito, gnaisse e afins.<sup>246</sup>

A produção de rochas ornamentais consiste em três etapas: extração, beneficiamento (que compreende o desdobramento ou serragem dos blocos de rocha em chapas e o polimento, responsável por dar acabamento ao produto) e comercialização.

O desdobramento, fase inserida na etapa de beneficiamento, consiste na serragem dos blocos no tear de lâminas. Essa máquina, a partir de suas lâminas, por meio do atrito, serra as rochas e produz as chapas brutas. Por outro lado, gera uma quantidade considerável de resíduos sólidos como o pó (resíduos de granulometria reduzida).

Para aumentar o atrito nesse processo e lubrificar as lâminas, utiliza-se uma mistura de água, cal e granalha. Este efluente líquido com material sólido fica em um circuito fechado que periodicamente é expurgado juntamente com o pó da rocha serrada e do resíduo da lâmina de aço produzindo o que se denomina de lama abrasiva.

O polimento, ainda inserido no beneficiamento, é realizado pela máquina chamada de politriz, por meio da utilização de água e de abrasivos de diversas granulometrias, também originando a lama abrasiva<sup>247</sup>. Estima-se que a partir do desdobramento de blocos de granito para a produção de chapas, cerca de 20% a 25% da rocha granítica se mistura com outros materiais e se transforma em rejeito<sup>248</sup>.

A Instrução Normativa nº. 19 do Instituto Estadual de Meio Ambiente e Recursos Hídricos (IEMA) do Espírito Santo dispõe sobre a definição dos procedimentos de licenciamento em atividades de beneficiamento de rochas ornamentais e conceitua em seu

---

<sup>244</sup> SOUZA, Júlio César de. “Determinação do custo de desdobramento de blocos em serrarias de rochas ornamentais”. Recife, Pernambuco.

<sup>245</sup> FERREIRA, H. C, FERREIRA, H. S, MENEZES, R. R., NEVES, G. de A. Uso de rejeitos de granitos como matérias-primas cerâmicas. Campina Grande, Paraíba. 2002.

<sup>246</sup> Departamento Nacional de Produção Mineral. “Anuário Mineral Estadual- Espírito Santo, 2015, ano base 2014”, p. 05.

<sup>247</sup> SILVA, André Araujo Alves. “Gestão de resíduos na indústria de rochas ornamentais, com enfoque para a lama abrasiva”. VII Congresso Nacional de excelência em gestão. 12 e 13 de agosto de 2011.

<sup>248</sup> SOUZA, J.N., RODRIGUES, J.K.G., NETO, P. N. de S. “Utilização do Resíduo Proveniente da Serragem de Rochas Graníticas como material de enchimento em concretos asfálticos usinados a quente”.

artigo 2º o que são os efluentes líquidos, os efluentes do processo industrial, os resíduos sólidos e demais definições, bem como em seu artigo 3º, § 1º, atribui responsabilidade à empresa geradora pela segregação dos resíduos sólidos visando o seu reaproveitamento otimizado e a adoção de ações mitigadoras da emissão de efluentes<sup>249</sup>. Demonstra-se assim a importância de haver uma correta destinação e tratamento para esses materiais, objetivando necessidade de redução dos danos ambientais.

## 5. OS IMPACTOS AMBIENTAIS

Existe um impacto ambiental quando uma ação ou uma atividade produz uma alteração na natureza. Nessa conceituação, deve-se considerar o aspecto humano e o aspecto ecológico. Já o dano ambiental é qualquer lesão perpetrada contra um bem juridicamente tutelado. Ou seja, é a diminuição ou alteração de um recurso destinado à satisfação de interesses. Logo, sendo o meio ambiente um bem juridicamente protegido, toda modificação nociva a algum de seus elementos é considerada um dano ambiental, independentemente de haver ou não culpa por parte do agente.<sup>250</sup>

A atividade de mineração provoca principalmente a poluição da água, a poluição do ar, a poluição sonora, a subsidiência do terreno explorado e os incêndios ocasionados pelo carvão e pelos rejeitos radioativos<sup>251</sup>.

A atividade minerária é causadora de danos irreversíveis desde o início da cadeia, pois a extração de rochas, mesmo que realizada de forma cautelosa e com a observância da legislação ambiental, trata-se da retirada de um mineral, causando impactos visuais negativos e erosão, uma vez que é retirada a vegetação do solo.

Conforme ora explicitado, no beneficiamento das rochas ornamentais, os danos causados provêm da emissão de soluções (como a lama abrasiva) e de resíduos sólidos. Vale ressaltar que o principal problemática da geração de subprodutos é, na verdade, a maneira de descarregamento e de alocação desses resíduos.

Na etapa de desdobramento, os resíduos são os fragmentos das rochas, plásticos, papéis e papelões oriundos das embalagens dos insumos utilizados, óleo e graxa decorrentes da manutenção dos teares, metais provenientes das lâminas gastas e peças substituídas e, o mais notório, a lama abrasiva.

---

<sup>249</sup> Instrução Normativa nº. 19 de 17 de agosto de 2005. Governo do Estado do Espírito Santo- IEMA.

<sup>250</sup> CASTELLANO, Elisabete Gabriela, CRESTANA, Silvio, ROSSI, Alexandre. Direito Ambiental- Princípios Gerais do Direito Ambiental. 1ª edição. Brasília/DF: Editora Embrapa, 2014. Volume 1, Seção 2, Parte 2, Capítulo 1 – Evolução da responsabilidade civil ambiental no Brasil, pp. 425 a 427.

<sup>251</sup> SILVA, João Paulo Souza. “Impactos ambientais causados por mineração”. Revista Espaço da Sophia- nº. 08-novembro/2007- mensal- ano I. Brasília.

O Espírito Santo com toda a sua expressividade nesse mercado gera uma quantidade extremamente significativa de lama abrasiva, ocorrendo uma proliferação desmesurada de aterros para o lançamento desse subproduto, situação essa que inclusive diminui a quantidade de terra fértil e produtiva. Essa lama é também, por vezes, descartada em córregos, ravinas, lagos e rios, havendo a formação de depósitos a céu aberto, depreciando o solo e, quando seca, sua poeira inspirada é prejudicial à saúde humana e animal. A partir desse resíduo, ocorre ainda a poluição dos cursos de água e dos mananciais.

### **5.1. FILTRO PRENSA**

Nessa problemática, insere-se o filtro prensa. É o maquinário destinado à separação das soluções compostas pela mistura de sólidos e de líquidos, possibilitando a destinação ou a reutilização desses resíduos para diversas funções. Ele reduz o teor de umidade permitindo o reaproveitamento de parte da água, bem como do subproduto sólido.<sup>252</sup> Além disso, apresenta elevado custo-benefício para o empresário que o emprega e é uma máquina de fácil manuseio, não necessitando de operadores especializados.

É evidente a necessidade da adoção deste equipamento, sobretudo pelo que dispõe a Instrução Normativa nº. 19, uma vez que este dispositivo responsabiliza as empresas exploradoras de jazidas pelo adequado gerenciamento de resíduos sólidos e efluentes líquidos desde sua geração até a destinação final.

O filtro prensa é requisito essencial para a emissão da licença de operação pelo órgão competente, pois o licenciamento ambiental só poderá ser requerido mediante apresentação da documentação pertinente às três fases do licenciamento, seguindo diretrizes técnicas como a comprovação da destinação final dos resíduos tratados por meio de recibo e/ou de notas fiscais.

### **5.2. A REDUÇÃO DOS IMPACTOS E A GESTÃO DOS RESÍDUOS**

É responsabilidade do agente gerador de subprodutos sólidos e líquidos geri-los e dar-lhes destinação adequada, bem como o seu reaproveitamento quando possível. A primeira estratégia na gestão de resíduos deve ser buscar reduzir a geração desses, para posteriormente aplicar as técnicas de reutilização e reciclagem.

A reciclagem de rejeitos industriais é objeto de diversas pesquisas com o fito de minimizar a ação de materiais poluentes que degradam o meio ambiente. O reaproveitamento de rejeitos deve ser tratado como uma atividade complementar ao processo industrial, pois

---

<sup>252</sup>REIS, Alessandra Savazzini, ALVAREZ, Cristina Engel. “A sustentabilidade e o resíduo gerado no beneficiamento das rochas ornamentais”. Espírito Santo. 2007.

possibilita, por vezes, a redução de custos finais quando se agrega valor ao resíduo<sup>253</sup>.

No que tange à lama abrasiva, é fundamental a sua eficiente gestão desde a sua geração até a sua disposição final, buscando-se, principalmente, reduzir a produção deste rejeito, o que pode se viabilizar a partir da elaboração de um plano de gerenciamento de resíduos (PGR), de suma importância.

Há estudos que demonstram a utilização do resíduo da serragem de granito como matéria-prima cerâmica, devido a sua similitude com matérias-primas convencionais, sobretudo na fabricação de artefatos cerâmicos como tijolos, artefatos de cimento como bloquetes de pavimentação, produção de argamassa, como material de enchimento em concreto asfáltico usinado a quente e até mesmo na indústria de cosméticos (podem ser os resíduos adicionados à massa de produção de sabonetes esfoliantes).<sup>254</sup>

### 5.3. ANÁLISE DE JULGADOS

Ante o exposto, faz-se mister expor casos de infrações à legislação ambiental devido à geração de impactos negativos na natureza, tanto no estado do Espírito Santo, quanto em demais localidades brasileiras. A título de exemplificação, reproduzir-se-á três julgados, referentes a diferentes infrações ocorridas no Rio de Janeiro, no Distrito Federal e no estado capixaba.

No Rio de Janeiro, a sétima turma especializada do Tribunal Regional Federal, julgou um agravo de instrumento, em 2013, da seguinte maneira:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DIREITO AMBIENTAL. LIMINAR EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. **EXTRAÇÃO DE GRANITO**. ATIVIDADE **POTENCIALMENTE POLUIDORA**. NECESSIDADE DE LICENCIAMENTO AMBIENTAL. ESTUDO DE IMPACTO AMBIENTAL. ART. [225, CF](#).

[...] II. Quanto à necessidade de apresentação de Estudo de Impacto Ambiental - **EIA e Relatório de Impacto sobre o Meio Ambiente - RIMA**, são eles **obrigatórios para as atividades consideradas efetiva ou potencialmente causadoras de significativa degradação ambiental**.

III. A Resolução nº 001/86 do CONAMA trata a atividade de extração de minério como de significativo impacto ambiental, tanto é assim que especificou a necessidade de elaboração de estudo de impacto ambiental e relatório de impacto

---

<sup>253</sup> FERREIRA, H. C, FERREIRA, H.S., NUNES, R.L.S., NEVES, G. de A. e SANTANA, L. N. L. Reciclagem de rejeitos de mármore e granitos utilizados em substituição a matérias primas convencionais para produção de revestimentos cerâmicos. Anais do 47º Congresso Brasileiro de Cerâmica. 15-18 de julho de 2008. João Pessoa, Paraíba.

<sup>254</sup> OLIVEIRA, Carolina Nascimento de. “Aplicação de resíduos oriundos do corte de rochas ornamentais na produção de cosméticos”. XVII Jornada de Iniciação Científica- CETEM 123, 2009.



ambiental.

IV. Merece ser ressaltado ainda, que a exigência do EIA/RIMA não fere o princípio constitucional da proporcionalidade ou da razoabilidade, eis que em matéria de tutela e proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado deve-se seguir o princípio da precaução que exige uma atuação preventiva cercada de cautela nos licenciamentos e autorização para realização de empreendimentos e atividades que possam, em tese, ser lesivas ao meio ambiente, bem de todos, tanto da atual quanto das futuras gerações.

V. Desta forma, tendo em vista informações colacionadas pelo MPF de lavra irregular ocorrida área, bem como que a atividade de mineração, indubitavelmente, utiliza recursos naturais, no caso granito, deve ser considerada potencialmente causadora de significativo impacto ambiental, vislumbro merecer provimento o pedido antecipatório para que seja exigido o EIA/RIMA para qualquer licenciamento relativo à poligonal do procedimento minerário DNPM nº 896.947/1995.

VI. Com relação ao procedimento minerário, empreendido pelo DNPM, conforme informações da mencionada autarquia federal, a empresa INTERNACIONAL MINERAÇÃO LTDA é titular dos direitos minerários representados no processo nº 896.947/1995, concessão de lavra outorgada pela Portaria nº 81, de 04/07/2011, publicada no DOU de 07/07/2011.

VII. Desta forma, diante das informações prestadas e documentos colacionados, em uma cognição sumária empreendida pelo Juízo, verificou-se a existência atual de título autorizativo para exploração minerária na área questionada, muito embora tenha sido constatada irregularidade no licenciamento ambiental realizado.

VIII. Agravo Interno parcialmente provido, para reformar a decisão monocrática de fls. 582/587, de forma a indeferir o pedido liminar de suspensão dos efeitos da Licença de Operação nº 252/2011, da Portaria de Lavra nº 81, de 04/07/2011 e do Parecer nº 453/2011/CONJUR/MME, bem como quanto ao pleito de paralisação das atividades extrativas da empresa INTERNACIONAL MINERAÇÃO LTDA e deferir, parcialmente, a antecipação da tutela recursal, para determinar a apresentação de estudo e relatório de impacto ambiental (EIA/RIMA), relativo à área em comento, arcando os Agravados com todos os custos necessários à confecção do documento. O EIA/RIMA deverá ser confeccionado em no prazo de 06 (seis) meses, a contar da intimação deste decisum sob pena de multa cominatória diária e solidária aplicada aos mencionados Agravados de R\$ 300,00 (trezentos reais), ex vi, § 4º, artigo [461](#) do [CPC](#). (grifo nosso).<sup>255</sup>

---

<sup>255</sup> Agravo de Instrumento nº. 201202010145781 do Rio de Janeiro/RJ. Sétima turma especializada do TRF-2. Julgamento em 13 de janeiro de 2013. Relator: Desembargador Federal Reis Friede. Data de publicação: 29 de outubro de 2014.

Da ementa transcrita, infere-se claramente a necessidade de elaboração dos estudos e relatórios de impacto ambiental, justamente como maneira apta a prever quais impactos poderão advir de determinada atividade mineradora. A turma decidiu, unanimemente, dar parcial provimento ao recurso, de modo que não foi suspensa liminarmente a atividade do empreendimento, mas foi deferido o pedido liminar de apresentação do EIA e do RIMA, tendo em vista a urgência e o perigo em virtude da demora na elaboração desses documentos.

No Distrito Federal, situa-se uma apelação em mandado de segurança, deveras elucidativa para o tema em questão:

ADMINISTRATIVO E AMBIENTAL. **EXTRAÇÃO DE GRANITO SEM LICENÇA DO ÓRGÃO COMPETENTE**. PRÁTICA ILÍCITA. APREENSÃO DE EQUIPAMENTOS. LEI Nº 9.605/98. LEGALIDADE. PODER REGULAMENTAR. DECRETO Nº 3.179/99. TUTELA INSTITUCIONAL DO MEIO AMBIENTE.

1. A Lei nº 9.605/98, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, prevê, em seu art. 72, inciso IV, a apreensão de instrumentos, petrechos, equipamentos ou veículos de qualquer natureza utilizados na infração ambiental. O art. 25, § 4º, do mesmo diploma legal, também prevê que os instrumentos apreendidos, utilizados na prática da infração serão vendidos, garantida a sua descaracterização por meio da reciclagem.

2. No caso, as impetrantes não lograram comprovar a propriedade dos equipamentos apreendidos pela fiscalização do IBAMA e, sem a demonstração da premissa fática evocada, não há sustentação da tese jurídica nela escorada. [...]

4. A empresa Beg Mineração Ltda. foi **flagrada extraindo granito sem autorização do órgão ambiental competente, daí a autuação da fiscalização do IBAMA, que não apresenta sequer indícios de ilegalidade ou abuso de poder**. Ao contrário, atuou a autarquia em consonância com sua função institucional de promover a tutela do meio ambiente preconizada no art. 225, caput, da Constituição da República.

5. Apelação a que se nega provimento. (grifo nosso).<sup>256</sup>

A ementa explicitada acentua a importância da fiscalização, no caso em análise, do IBAMA. Ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis compete lavrar autos de infração ambiental e instaurar processos administrativos de apuração de infrações na esfera federal, conforme a Lei de Crimes Ambientais (Lei nº. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998). A competência de fiscalização ambiental, conforme já manifesto, é compartilhada com os demais entes da federação, estados, municípios e Distrito Federal, os quais integram o Sistema Nacional de Meio Ambiente (SISNAMA). A Lei Complementar nº. 140 é responsável pela delimitação do exercício da competência comum de fiscalização do ambiente, definindo as ações administrativas que competem a cada ente federado.<sup>257</sup>

---

<sup>256</sup>Apelação em Mandado de Segurança nº. 385267320074013800. Quinta turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região- TRF-1. Julgamento em 08 de outubro de 2014. Relator: Desembargador Federal Néviton Guedes. Data de publicação: 31 de outubro de 2014.

<sup>257</sup>IBAMA- Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis. O que é fiscalização

Prevê ainda a aplicação da Lei de Crimes Ambientais (Lei nº. 9.605/98), corolária da Lei nº. 6.938 de 31 de agosto de 1981, instituidora da Política Nacional de Meio Ambiente (PNMA). Essa política estabelece a responsabilização civil objetiva<sup>258</sup> pelos danos ambientais eventualmente ocorridos no território nacional, a qual se projeta no Direito nas searas civil, penal e administrativa.

A Lei nº. 9.605/98 dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente. Já a responsabilidade ambiental civil, esta se mostra distinta da responsabilidade civil clássica, uma vez que vai além da preocupação com o ressarcimento de direitos intersubjetivos. Ao lado da função reparatória está a prevenção e a precaução do dano, a função pedagógica (atribuindo à coletividade a incumbência de auxiliar na fiscalização da preservação do meio ambiente), a internalização dos custos da deterioração do ambiente pelo agente infrator, o fomento de atitudes mais responsáveis provenientes dos infratores, a restrição à instalação de empreendimentos irresponsáveis ambientalmente, bem como a ampliação de investimentos em tecnologias.

Essa atribuição de responsabilidade ao agente infrator, independentemente da existência de culpa, reforça a proteção ao ambiente. Todavia, faz-se necessária também a aplicação de instrumentos adequados à inibição das infrações, já contidos no ordenamento jurídico pátrio.<sup>259</sup>

Por fim, cabe a análise da decisão acerca de um mandado de segurança impetrado por uma empresa de mineração do Espírito Santo. A seguir, transcreve-se a decisão da Juíza Federal Substituta da 5ª vara da seção judiciária do Distrito Federal:

Trata-se de mandado de segurança impetrado por MINERAÇÃO SOSSAI LTDA. em face de ato imputado ao DIRETOR-GERAL DO DEPARTAMENTO NACIONAL DE PRODUÇÃO MINERAL – DNPM, com pedido de liminar para que seja determinado o imediato encaminhamento do processo administrativo DNPM nº 896.422/2000 ao Ministério de Minas e Energia, para que seja outorgada a Portaria de Lavra, no prazo de 72 horas. Diz que, como empresa atuante no ramo

---

ambiental. Publicado: quarta-feira, 14 de dezembro de 2016.

<sup>258</sup> Lei nº. 6.938/81. Art 14 – “Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores: [...] § 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, **independentemente da existência de culpa**, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.” (grifo nosso).

<sup>259</sup> CASTELLANO, Elisabete Gabriela, CRESTANA, Silvio, ROSSI, Alexandre. Direito Ambiental- Princípios Gerais do Direito Ambiental. 1ª edição. Brasília/DF: Editora Embrapa, 2014. Volume 1, Seção 2, Parte 2, Capítulo 1 – Evolução da responsabilidade civil ambiental no Brasil, pp. 419 a 442.

de extração e comércio de rochas ornamentais, solicitou, em 24/10/2000, a cessão parcial de direito por desmembramento da Portaria de Lavra nº 336, de 04/09/2000, a qual gerou o processo administrativo nº 896.422/2000. Alega que, passados 10 anos, o pedido de concessão de lavra ainda não foi deferido, em razão da inércia do DNPM, inclusive tendo que impetrar 3 mandados de segurança com o objetivo de acelerar o procedimento de análise da aludida outorga. [...] O DNPM prestou informações [...] **Alega que a impetrante, além de estar procedendo à extração criminosa desde julho/2000**, o que gerou a expedição do Auto de Paralisação nº 20/2008, foi **responsável pela paralisação do processo em alguns momentos, diante da demora em apresentar a documentação exigida**. É o relatório. Nos termos do art. 7º, III, da Lei 12.016/2009, a concessão de medida liminar em mandado de segurança exige a presença concomitante de dois pressupostos, quais sejam, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Vejamos, então, se presente ou não o primeiro requisito. [...] No entanto, no caso presente, conforme informa a autoridade impetrada, alicerçada na documentação juntada, a impetrante, embora por diversas vezes intimada, protelou a apresentação da necessária “Licença de Instalação”, a ser expedida pelo IEMA – Instituto Estadual de Meio Ambiente e Recursos Hídricos, a qual somente veio a ser apresentada em 2008, tendo apresentado em data anterior somente a Licença de Operação, com renovação posterior, conforme pode se extrair do sumário da tramitação do Processo Administrativo [...] Em 03/09/2008 foi expedida DECLARAÇÃO do DNPM, a pedido do titular protocolado em 13/08/2008, que informa que o processo se encontra com **pendência por parte do titular de apresentação de Licença de Instalação, para prosseguimento do pedido de concessão de lavra**. E que em 30/05/2008 o titular apresentou requerimento de GU, aguardando análise (fl.211). Do que se vê, **a não apresentação de documento imprescindível à apreciação do pedido foi determinante para a demora na análise do pedido de outorga em referência, não podendo se atribuir exclusivamente à autoridade impetrada, como quer a impetrante**. Ademais, ressalte-se, que, em razão da conduta da impetrante, foi lavrado o Auto de Paralisação nº 20/2008, de 28/11/2008 (fls. 144), determinando a “paralisação imediata das atividades de extração de granito em todas as frentes de lavra existentes e localizadas no interior da poligonal que define a área do processo DNPM nº 896.422/2000”, tendo em vista constituir-se de **atividade ilegal de lavra a sua extração sem a competente autorização**. É certo que a atividade fiscalizatória de atividade ilegal da impetrante, justamente na área objeto do pedido em referência, também contribuiu para a demora na análise e conclusão do pedido de outorga, fato do qual a impetrante não pode de eximir, por ser de sua inteira responsabilidade. Desse modo, as questões pendentes inviabilizam o pedido de encaminhamento do processo administrativo DNPM nº 896.422/2000 ao Ministério de Minas e Energia, como pretende a impetrante. De tudo o que foi

exposto, não vislumbro a presença do *fumus boni iuris*, pelo que INDEFIRO A LIMINAR. (grifo nosso).<sup>260</sup>

A sentença somente corroborou o que foi acima exposto, denegando a segurança requerida pela empresa impetrante. Ora, sabe-se que é imprescindível a apresentação das licenças ambientais para que, caso regularizado o empreendimento, seja viabilizado o início das atividades. A empresa impetrante não apresentou em tempo hábil a documentação exigida pelo DNPM para obter o direito parcial de mineração, referente à área de 30,17 hectares localizada no Espírito Santo. A autarquia solicitou o cumprimento das exigências, concedendo prazo regulamentar de 180 dias, a empresa mineradora, por sua vez, solicitou a prorrogação da data para apresentação de sua licença ambiental. O DNPM ofereceu ainda três oportunidades reiterando a necessidade de apresentação da licença, pedido que não foi atendido. Após fiscalização realizada pela autarquia, o Departamento constatou que a exploração de granito estava ocorrendo de forma ilegal, motivando-o a embargar a mina.<sup>261</sup>

Fica demonstrado portanto o destaque da atuação do Poder Judiciário nas atividades mineradoras em todo o país, em decorrência de seu potencial ofensivo ao meio ambiente e da complexidade de regramentos normativos que devem ser observados pelos empreendedores da atividade minerária.

## **6. REGULARIZAÇÃO DAS INFRAÇÕES**

A infração administrativa ambiental é qualquer ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, proteção, promoção e restauração do meio ambiente. A autoridade ambiental deve promover a apuração imediata da infração, por intermédio de um processo administrativo próprio, sob pena de concorrer na responsabilização pelo dano do agente.

O estado do Espírito Santo, especificamente, diante de todas as possíveis causas de poluição e demais impactos ambientais negativos oriundos das atividades mineradoras, estabeleceu o Decreto nº. 1.777-R/ES (alterado em partes pelo Decreto nº. 1.972-R/ES de 26 de novembro de 2011), que dispõe sobre o sistema de licenciamento e controle das atividades poluidoras ou degradadoras do meio ambiente.

Em seu artigo 2º, XVII, prevê o Decreto um Termo de Compromisso Ambiental. Este

---

<sup>260</sup>Processo nº. 23657-39.2010.4.01.3400 - Mandado de Segurança. Impetrante: Mineração Sossai Ltda. Impetrado: Diretor-Geral do Departamento Nacional de Produção Mineral – DNPM. Quinta vara federal do Tribunal Regional Federal da 1ª Região- TRF-1. Autos arquivados em 02 de dezembro de 2011. Juiz Federal Substituto da 5ª vara SJ/DF: Paulo Ricardo de Souza Cruz.

<sup>261</sup>Advocacia Geral da União- Mais Notícias. AGU e DNPM asseguram na Justiça proibição de extração de granito por empresa que não apresentou documentação em tempo hábil. Publicação em 26 de outubro de 2011.

documento tem o fito de fixar obrigações e condicionantes técnicas que deverão ser cumpridas a rigor pelo agente explorador em caso de irregularidades na atividade a que der causa. Deve o infrator buscar cessar, corrigir, recompor, adaptar ou reduzir os efeitos negativos sobre o ambiente e possibilitar que outros agentes corrijam as suas irregularidades, atendendo às exigências impostas pelas autoridades ambientais competentes e adequando-se à legislação ambiental. Percebe-se que esse termo é uma maneira de reparar o dano gerado sem a necessidade de dar-se início a um processo administrativo, o que causaria maiores prejuízos tanto para o agente causador, quanto para a natureza, devido à possibilidade de ocorrência de morosidade no procedimento.

Esse termo estipulado pelo Decreto em muito se assemelha ao Termo de Ajustamento de Conduta proposto pelo Ministério Público. A partir da atuação do DNPM como fiscalizador, o órgão pode propor uma ação judicial contra o infrator das normas ambientais, dando ensejo à propositura do termo, de modo que o agente incorrerá nas sanções cabíveis dispostas na legislação ambiental.

Todavia, o Termo de Compromisso que o Decreto nº. 1.777-R/ES trata se diferencia deste último porque permite o ajustamento da atividade pela via administrativa, sem a intervenção do Poder Judiciário. Quando celebrado, possibilita que o agente proceda com uma Licença Ambiental de Regularização (LAR), a qual contém todas as fases do licenciamento, para empreendimento ou atividade que já esteja em funcionamento, ou em fase de implantação. Estabelecem-se portanto as condições, as restrições e as medidas de controle, adequando a atuação do agente às vigentes normas ambientais.

Faz-se mister mencionar ainda os demais instrumentos adequados a reprimir as infrações à legislação ambiental, quando não for possível a sua regularização prévia. Uma vez que a responsabilidade ambiental se desdobra nas searas civil, penal e administrativa, há diversas maneiras de coibir as atividades gravosas ao ambiente. É possível elencar o Processo Administrativo Ambiental, a Ação Civil Pública Ambiental, o Mandado de Segurança Ambiental, o Mandado de Injunção Ambiental, a Ação Popular Ambiental e a aplicação das penas previstas na Lei nº. 9.605/98 quando da ocorrência de um crime ambiental.

### **6.1. Reparação dos danos ambientais**

Os danos ambientais podem ser classificados, segundo a sua extensão, como patrimoniais ou extrapatrimoniais. Os patrimoniais se referem à perda material suportada pela coletividade, referindo-se à restituição, à recuperação ou à indenização do bem ambiental prejudicado. Já os danos extrapatrimoniais se relacionam à sensação de padecimento

experimentada por aqueles que sofrem consequências oriundas da atividade danosa.

A reparação desses danos pode ocorrer, simplificadamente, de duas maneiras: pela restauração natural ou pela compensação ecológica. A restauração natural, também chamada de “in situ” busca a restabelecer o *status quo ante* da área prejudicada. Esta é a forma mais adequada de se ressarcir o dano ocasionado e, por esse motivo, prevalece sobre as demais formas de reparação.

Já a compensação ecológica consiste na substituição dos bens ambientais impactados por outros que guardem com eles equivalência. Pode ser por meio de substituição por equivalente no mesmo local, substituição por equivalente em outra localidade e indenização em pecúnia. Considera-se que essas medidas devem ser adotadas nesta ordem, sendo considerada como *ultima ratio* a conversão da reparação do dano em quantia indenizatória, visto que o preferível e mais eficaz é a recuperação *in loco* do ambiente.

## **7. COMPLIANCE AMBIENTAL**

Diante de todo o exposto, depreende-se que, em um cenário ideal, é preferível evitar que se dê ensejo ao cometimento de infrações à legislação ambiental e à geração de danos. Destarte, é possível considerar a adoção de um programa de *Compliance* Ambiental como medida preventiva.

Os programas de *Compliance* Ambiental se inserem no contexto atual de integração da natureza aos setores empresariais. Representam a consolidação da sustentabilidade como elemento indissociável da atividade empresarial, inserindo boas práticas corporativas a fim de alcançar o equilíbrio entre a preservação ambiental e o desenvolvimento econômico.

Representa ainda uma alternativa apta a prevenir delitos e a posterior responsabilização da Pessoa Jurídica nas searas ambiental e penal, representando um modelo extrajudicial de implementação do cumprimento de normas atinentes a padrões éticos, preventivos e jurídicos, os quais a maioria das empresas ainda não está adaptada.

### **7.1 Fundamentação principiológica**

O Direito Ambiental se incumbe de defender principalmente os direitos difusos, isto é, a proteção ambiental não possui um destinatário específico, uma vez que a Constituição Federal de 1988 concebe o meio ambiente como um “bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida” <sup>262</sup>. A Carta Magna traduz uma densa base principiológica

---

<sup>262</sup>Constituição Federal de 1988, art. 225. “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o

genérica, isto é, aplicável a diversas esferas da vida em sociedade. Não obstante, recepciona outrossim os princípios intrínsecos à seara ambiental, bem como direitos e deveres.

A preservação e a manutenção de um habitat adequado à vida dos seres humanos em consonância com os demais seres vivos é matéria de interesse público. Nesse esteio, as normas e os princípios constitucionais e ambientais definem a postura do cidadão em relação ao meio ambiente (regulam o uso dos recursos naturais ou das atividades humanas capazes de afetar ou transformar a natureza), bem como o desempenho da atividade empresarial, que deve observar os ciclos naturais da flora e da fauna.

Entende-se que um princípio é uma norma jurídica considerada como determinante para aquelas que lhe são subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando posteriormente o preceito em direções mais categóricas. O princípio, seja ele expresso em uma formulação legislativa ou, diversamente, tácito ou implícito em um ordenamento, se configura como uma norma, aplicável como regra de certos comportamentos públicos ou privados.<sup>263</sup>

A esse respeito, vale reproduzir as considerações de importantes doutrinadores:

A importância vital que os princípios assumem nos ordenamentos jurídicos se torna cada vez mais evidente, sobretudo se lhes examinarmos a função e presença no corpo das Constituições contemporâneas, onde aparecem como os pontos axiológicos de mais alto destaque e prestígio com que fundamentar na Hermenêutica dos tribunais a legitimidade dos preceitos da ordem constitucional. (BONAVIDES, 2014, p. 295).<sup>264</sup>

O que constitui um princípio jurídico? Fundamentalmente, o direito tem a função de servir. Um sistema jurídico não pode por si só iniciar e monitorar a mudança social; no entanto, pode formular alguns parâmetros para a direção e a extensão da mudança social. Se esses parâmetros são suficientemente claros e refletem o que a sociedade sente sobre as mudanças ocorridas, eles serão eficazes. Se eles não são claros ou ignoram realidades sociais, terão pouco impacto. É fundamental, portanto, definir os parâmetros de forma clara e realista. (BOSELNANN, 2015, p. 65).<sup>265</sup>

O arcabouço principiológico constitucional relativo ao Direito Ambiental, especificamente, se sustenta sobretudo no artigo 225 da Lei Maior, instituindo a partir dele uma teia regulatória que integra a ordem pública ambiental. Elucida-se a partir desse dispositivo, nitidamente, o direito ao ambiente ecologicamente equilibrado, o princípio do poluidor-pagador e o dever de preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais.

---

dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.”

<sup>263</sup> BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 29ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2014, p. 278. (*apud* Vezio Crisafulli, *La Costituzione e le sue Disposizioni di Principio*. Milão, 1952).

<sup>264</sup> BONAVIDES, op. cit., p. 295.

<sup>265</sup> BOSELNANN, Klaus. **O princípio da Sustentabilidade**: transformando Direito e Governança. Tradução de Phillip Gil França. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.



Destes, é possível, ainda que de maneira latente, deduzir via esforço interpretativo, o dever genérico de não degradar e os princípios da primariedade do meio ambiente e da explorabilidade limitada.<sup>266</sup>

Assevera-se ainda quanto ao princípio do desenvolvimento sustentável. Este, no que lhe concerne, significa a obtenção de um desenvolvimento que satisfaça as necessidades existentes no momento presente sem que seja comprometida a capacidade de as futuras gerações satisfazerem as suas. Deve-se atentar para a importância de que a sustentabilidade comece pelo desenvolvimento sustentável ecológico, posto que é condição para que seja alcançada nas demais searas.<sup>267</sup>

Para isso, o princípio da prevenção determina que sejam adotadas medidas para afastar ou, ao menos, minimizar os prejuízos causados ao meio ambiente natural em virtude das atividades humanas. O princípio da precaução, por sua vez, expressa a indispensabilidade de se agir com cautela quando existam dúvidas ou incertezas acerca do dano que pode ser reproduzido a partir de determinada prática.

Há ainda o princípio do poluidor-pagador, invocado por ser hábil a responsabilizar o agente causador de danos. Determina que o poluidor deve, em princípio, arcar com o custo da poluição, prestando a devida atenção ao interesse público, de modo a não provocar distorções no comércio e nos investimentos internacionais.

Tais considerações postas, quando de uma análise realizada sob o prisma da atual conjuntura social, reflete-se acerca do fato de que a atividade humana está intimamente conectada ao ambiente ecológico, isto é, não mais se priorizam as relações sociais em detrimento das demais. Atribui-se igual patamar às relações sociais e às ecológicas, no intento de que o ser humano não mais considere a si mesmo como organismo hierarquicamente superior ao ambiente em que se insere, mas como parte dele, o que desencoraja os comportamentos abusivos<sup>268</sup>. É o que assinala Bosselmann:

Fundamentalmente, precisamos pensar de forma diferente sobre a governança e o papel das pessoas nela. A governança não pode mais ser limitada a relações puramente sociais. Precisamos, também, refletir sobre as nossas relações ecológicas.

---

<sup>266</sup>BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos. O meio ambiente na Constituição Federal de 1988. Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva, v. 19, n.º 01, jan./jun. 2008.

<sup>267</sup> BOSELLEMAN, Klaus. **O princípio da Sustentabilidade: transformando Direito e Governança**. Tradução de Phillip Gil França. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p.42.

<sup>268</sup>“Da perspectiva centrada na sustentabilidade, os direitos precisam ser complementados por obrigações. A mera defesa dos direitos ambientais não altera o conceito antropocêntrico dos direitos humanos. Se, por exemplo, os direitos de propriedade continuam sendo compreendidos de maneira isolada e separada às limitações ecológicas, eles reforçarão o antropocentrismo e incentivarão comportamento abusivo”. BOSELLEMAN, Klaus. **O princípio da Sustentabilidade: transformando Direito e Governança**. Tradução de Phillip Gil França. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 145.

O tradicional foco de governança é a comunidade humana. O novo foco deve ser a comunidade mais ampla da vida. A inclusão de toda a vida (além da vida humana) marca uma mudança importante (BOSELNANN, 2015, p. 220).<sup>269</sup>

Dessa apreciação principiológica alcança-se o entendimento de que o direito ao ambiente é um direito fundamental e, sob a ótica do Direito Privado, constitui um direito da personalidade. Ostentar esse status significa que nenhum agente, público ou privado, poderá tratar o meio ambiente como valor secundário, acessório ou insignificante. Faz-se mister que as empresas e os demais empreendimentos que atuem sobretudo na esfera ambiental, estejam munidos de regulações e imposições internas que regulem as suas atividades, dirimindo situações conflituosas com as normas e com os princípios jurídicos.

### **7.1. IMPLEMENTAÇÃO DO *COMPLIANCE***

Considera-se viável a elaboração de um *Compliance Ambiental* a fim de conduzir as atividades empresariais em atinência aos princípios ambientais e de delimitar os parâmetros para o adequado exercício da atividade mineradora. A partir dele será possível mitigar a geração de danos e de impactos ambientais, prevendo as condutas que podem desencadeá-los e estipulando medidas que evitem o seu surgimento.

Providências que priorizem a prevenção de riscos são mais satisfatórias e econômicas do que o enfrentamento de litígios judiciais decorrentes da inobservância da legislação ambiental. O planejamento dessas orientações de atuação reduz também ameaças desnecessárias à praxe empresarial, tornando a sua atuação mais estável. Deve o programa de *Compliance* se ater a três esferas principais: a prevenção da prática de infrações, a detecção das violações eventualmente cometidas no menor prazo possível e a repressão aos atos praticados a partir da imposição interna de penalidades

O programa deve abranger todos os membros integrantes do grupo empreendedor, bem como os agentes externos com que se relaciona, monitorando o andamento dos empreendimentos, o trato com os fornecedores e terceirizados, buscando englobar todos aqueles que de alguma forma estejam vinculados à atividade desenvolvida.

É um instrumento de grande valia: compreende tanto o estabelecimento de uma conscientização ambiental quanto a regulação da atividade empresarial, a partir de regras próprias que viabilizam maior eficiência e qualidade. A questão ambiental é, vale destacar, um investimento atraente de publicidade, o qual eleva a imagem do empreendimento frente aos consumidores, investidores, fornecedores e aos demais envolvidos direta ou indiretamente com as seus serviços. Pode então o empreendimento atuar, em tese, livre de sanções

---

<sup>269</sup> BOSELNANN, op. cit., p. 220.

exteriores, posto que já existem operações repressivas internamente.

## 8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Revela-se assim a importância de remanejar os subprodutos oriundos do beneficiamento de rochas ornamentais para reduzir o seu potencial poluidor e degradador do ambiente, empregando-os em outras atividades que podem revelar-se também lucrativas ao empreendedor, bem como atrativas aos consumidores.

Demonstrou-se a partir das análises apresentadas a viabilidade da realização da exploração mineral em atinência à legislação ambiental, evitando a ocorrência de irregularidades e de danos ambientais.

Fica evidente a possibilidade de ajustar a conduta do agente tanto antes quanto depois de dar ensejo a um impacto ambiental negativo, seja por meio da adoção de um programa de *Compliance* Ambiental, estipulado internamente pelos empresários de determinada indústria exploradora, ou por intermédio da celebração de um Termo de Compromisso Ambiental. Preferencialmente, a opção mais adequada é evitar a geração do dano e o enfrentamento de litígios judiciais ou administrativos.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGU e DNPM asseguram na Justiça proibição de extração de granito por empresa que não apresentou documentação em tempo hábil. **Advocacia Geral da União**, 26 de outubro de 2011. Disponível em <[http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id\\_conteudo/168092](http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/168092)>. Acesso em 30/mar/2017.

ALVAREZ, Cristina Engel, REIS, Alessandra Savazzini. **A sustentabilidade e o resíduo gerado no beneficiamento das rochas ornamentais**. Espírito Santo. 2007. Disponível em <[http://lpp.ufes.br/sites/lpp.ufes.br/files/field/anexo/2007\\_artigo\\_009.pdf](http://lpp.ufes.br/sites/lpp.ufes.br/files/field/anexo/2007_artigo_009.pdf)>. Acesso em 02/dez/2016.

BARBOSA, Michelle Sanches. **Compliance Ambiental**. São Paulo: Lex Magister S/A. Disponível em <[http://www.lex.com.br/doutrina\\_24923022\\_COMPLIANCE\\_AMBIENTAL.aspx](http://www.lex.com.br/doutrina_24923022_COMPLIANCE_AMBIENTAL.aspx)>. Acesso em 20/mar/2017.

BENEFICIAMENTO DE MINÉRIOS. Ministério de Minas e Energia do Brasil (MME) e Portal de Apoio ao Pequeno Produtor Mineral (PORMIN). Disponível em <[http://www.redeaplmineral.org.br/pormin/noticias/legislacao/beneficiamento\\_de\\_minerio.pdf](http://www.redeaplmineral.org.br/pormin/noticias/legislacao/beneficiamento_de_minerio.pdf)>. Acesso em 02/dez/2016.

BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos. **O meio ambiente na Constituição Federal de 1988**. Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva, v. 19, n.º 01, jan./jun. 2008. Brasília: Superior Tribunal de Justiça. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional///index.php/informativo/article/view/449/407>>.

Acesso em 22/mar/2017.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 29ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2014.

BOSELNANN, Klaus. **O princípio da Sustentabilidade**: transformando Direito e Governança. Tradução de Phillip Gil França. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

BRASIL. Portaria nº 237 de 18 de outubro de 2001 do Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM). Disponível em <<http://www.dnpm.gov.br/aceso-a-informacao/legislacao/portarias-do-diretor-geral-do-dnpm/portarias-do-diretor-geral/portaria-no-237-em-18-10-2001-do-diretor-geral-do-dnpm>>. Acesso em 02/dez/2016.

BRASIL. Resolução do CONAMA nº 237 de 19 de dezembro de 1997. Disponível em <<http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=237>>. Acesso em 02/dez/2016. Revista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, 2012, Belo Horizonte. Disponível em <[https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjQLHd7r7QAhVBiJAKHRG6BAcQFggdMAA&url=https%3A%2F%2Fwww.mpmg.mp.br%2Fflumis%2Fportal%2Ffile%2FfileDownload.jsp%3FfileId%3D8A91CFA942729E930142998F174867F2&usg=AFQjCNFiGpa9kzsmv-v3QdBiZBj\\_YTJxw](https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjQLHd7r7QAhVBiJAKHRG6BAcQFggdMAA&url=https%3A%2F%2Fwww.mpmg.mp.br%2Fflumis%2Fportal%2Ffile%2FfileDownload.jsp%3FfileId%3D8A91CFA942729E930142998F174867F2&usg=AFQjCNFiGpa9kzsmv-v3QdBiZBj_YTJxw)>. Acesso em 02/dez/2016.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª região. Agravo de Instrumento nº. 201202010145781- RJ. Rio de Janeiro/RJ, publicado em 29 de outubro de 2014. Disponível em <<https://trf-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/160036842/agravo-de-instrumento-ag-201202010145781-rj?ref=juris-tabs>>. Acesso em 30/mar/2017.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação em Mandado de Segurança nº. 385267320074013800- DF. Brasília/DF, publicado em 31 de outubro de 2014. Disponível em <<https://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/164673564/apelacao-em-mandado-de-seguranca-ams-385267320074013800>>. Acesso em 30/mar/2017.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Processo nº. 23657-39.2010.4.01.3400 - Mandado de Segurança. Impetrante: Mineração Sossai Ltda. Impetrado: Diretor-Geral do Departamento Nacional de Produção Mineral – DNPM. Autos arquivados em 02 de dezembro de 2011. Disponível em <<http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=236573920104013400&secao=DF&pg=1&enviar=Pesquisar>>. Acesso em 30/mar/2017.

CASTELLANO, Elisabete Gabriela, CRESTANA, Silvio, ROSSI, Alexandre. **Direito Ambiental**- Princípios Gerais do Direito Ambiental. Brasília/DF: Editora Embrapa, 2014.

CRISAFULLI, Vezio. *La Costituzione e le sue Disposizionidi Principio*. Editora: Dott. A. Giuffrè. Milão, 1952.

ESPÍRITO SANTO. Departamento Nacional de Produção Mineral. **Anuário Mineral Estadual- Espírito Santo, 2015, ano base 2014**. Disponível em <<http://www.dnpm.gov.br/dnpm/paginas/anuario-mineral-estadual/anuario-mineral-estadual-espírito-santo-2015-ano-base-2014>>. Acesso em 02/dez/2016.

ESPÍRITO SANTO. Instrução Normativa nº 19 de 17 de agosto de 2005. Disponível em <<https://iema.es.gov.br/instrucao-normativa-019-de-17-de-agosto-de-2005>>. Acesso em 02/dez/2016.

ESPÍRITO SANTO. Decreto nº 1.777-R de 08 de janeiro de 2007. Espírito Santo. Publicado no **Diário Oficial Estadual do Espírito Santo** em 09 de janeiro de 2007. Disponível em <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=126515>>. Acesso em 02/dez/2016.

ESPÍRITO SANTO. Decreto nº 1.972-R de 26 de novembro de 2007. Espírito Santo. Publicado no **Diário Oficial Estadual do Espírito Santo** em 27 de novembro de 2007. Disponível em <[http://www.bigwine.com.br/norma/decreto-1972-2007-es\\_125824.html](http://www.bigwine.com.br/norma/decreto-1972-2007-es_125824.html)>. Acesso em 20/mar/2017.

ESPÍRITO SANTO. Resolução do CONSEMA nº 02 de 03 de novembro de 2016. Publicado no **Diário Oficial Estadual do Espírito Santo** em 10 de novembro de 2016. Disponível em <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=331303>>. Acesso em 02/12/2016.

ESPÍRITO SANTO. Resolução do CONSEMA nº 05 de 17 de agosto de 2012. Publicado no **Diário Oficial Estadual do Espírito Santo** em 24 de agosto de 2012. Disponível em <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=244505>>. Acesso em 02/dez/2016.

FERREIRA, H. C, FERREIRA, H. S, MENEZES, R. R., NEVES, G. de A. **Uso de rejeitos de granitos como matérias-primas cerâmicas**. Campina Grande, Paraíba. 2002. Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0366-69132002000200008](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0366-69132002000200008)>. Acesso em 02/dez/2016.

FERREIRA, H. C, FERREIRA, H.S., NUNES, R.L.S., NEVES, G. de A. e SANTANA, L. N. L. Reciclagem de rejeitos de mármore e granitos utilizados em substituição a matérias primas convencionais para produção de revestimentos cerâmicos. **Anais do 47º Congresso Brasileiro de Cerâmica. 15-18 de julho de 2008**. João Pessoa, Paraíba. Disponível em <[https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKewjRop-ntHQAhVEIZAKHdm6AxxgQFggdMAA&url=https%3A%2F%2Fwww.ipen.br%2Fbiblioteca%2Fcd%2Fcbc%2F2003%2Fartigos%2F47cbc-19-10.doc&usg=AFQjCNEOxi\\_lmo28GT-OxzLUIN3THhobla](https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKewjRop-ntHQAhVEIZAKHdm6AxxgQFggdMAA&url=https%3A%2F%2Fwww.ipen.br%2Fbiblioteca%2Fcd%2Fcbc%2F2003%2Fartigos%2F47cbc-19-10.doc&usg=AFQjCNEOxi_lmo28GT-OxzLUIN3THhobla)>. Acesso em 02/dez/2016.

IBAMA- Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis. **O que é fiscalização ambiental**. Publicado: Quarta, 14 de Dezembro de 2016, 16h10. Última atualização em Sexta, 03 de Fevereiro de 2017, 17h04. Disponível em <[http://www.ibama.gov.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=825&Itemid=748#oquee](http://www.ibama.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=825&Itemid=748#oquee)>. Acesso em 30/mar/2017.

LEONHARDT, Roberta Danelon. **Novidades no Compliance Ambiental no Brasil**. Publicado em 14 de agosto de 2015. Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI225176,31047-Novidades+no+compliance+ambiental+no+Brasil>>. Acesso em 20/mar/2017.

OLIVEIRA, Carolina Nascimento. Aplicação de resíduos oriundos do corte de rochas ornamentais na produção de cosméticos. **XVII Jornada de Iniciação Científica- CETEM 123, 2009**. Disponível em <[https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKewi-mPX8vtXQAhVBhJAKHcKGAWUQFgggMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.cetem.gov.br%2Fcomponent%2Fk2%2Fitem%2Fdownload%2F578\\_ba8c2eefa73c6adf7767e093d5614515&usg=AFQjCNHokfQA-nrsmJ0quEaYvRAvtP53dg](https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKewi-mPX8vtXQAhVBhJAKHcKGAWUQFgggMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.cetem.gov.br%2Fcomponent%2Fk2%2Fitem%2Fdownload%2F578_ba8c2eefa73c6adf7767e093d5614515&usg=AFQjCNHokfQA-nrsmJ0quEaYvRAvtP53dg)>. Acesso em 02/dez/2016.

SILVA, André Araujo Alves. Gestão de resíduos na indústria de rochas ornamentais, com

enfoque para a lama abrasiva. **VII Congresso Nacional de excelência em gestão**. 12 e 13 de agosto de 2011. Disponível em <<http://www.ramosaraujo.com.br/artigos/44307ef376.PDF>>. Acesso em 02/dez/2016.

SILVA, João Paulo Souza. **Impactos ambientais causados por mineração**. Revista Espaço da Sophia- n°08- novembro/2007- mensal- ano I. Brasília. Disponível em <<http://www.registro.unesp.br/sites/museu/basededados/arquivos/00000429.pdf>>. Acesso em 02/dez/2016.

SOUZA, Júlio César. **Determinação do custo de desdobramento de blocos em serrarias de rochas ornamentais**. Recife, Pernambuco. Disponível em <[http://www.fiec.org.br/sindicatos/simagran/artigos\\_palestras/Determinacao\\_Custo\\_Desdobramento\\_de\\_Blocos\\_em\\_Serrarias\\_RochasOrnamentais.htm](http://www.fiec.org.br/sindicatos/simagran/artigos_palestras/Determinacao_Custo_Desdobramento_de_Blocos_em_Serrarias_RochasOrnamentais.htm)>. Acesso em 02/dez/2016.

SOUZA, J.N., Rodrigues, J.K.G., Neto, P. N. de S. **Utilização do resíduo proveniente da serragem de rochas graníticas como material de enchimento em concretos asfálticos usinados a quente**. Disponível em <[http://ambientes.ambientebrasil.com.br/residuos/artigos/utilizacao\\_do\\_residuo\\_proveniente\\_da\\_serragem\\_de\\_rochas\\_graniticas\\_como\\_material\\_de enchimento\\_em\\_concretos\\_asfalticos\\_usinados\\_a\\_quente.html](http://ambientes.ambientebrasil.com.br/residuos/artigos/utilizacao_do_residuo_proveniente_da_serragem_de_rochas_graniticas_como_material_de enchimento_em_concretos_asfalticos_usinados_a_quente.html)>. Acesso em 01/dez/2016.

## **TRABALHOS DOS GRUPOS DE EXTENSÃO**

Os trabalhos pertencentes a essa seção da Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília (RED|UnB) foram colhidos de grupos de pesquisas, projetos de extensão e empresa júnior da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (FD/UnB), não tendo passado pelo crivo de nosso Conselho Consultivo. Enquanto possível ponte entre a produção discente de nossa Faculdade e a realidade oficial da pesquisa acadêmica brasileiro, entendemos ser de suma importância a abertura de espaços como este para contribuir com a produção acadêmica brasileira.

Nenhum dos trabalhos aqui veiculados representam a opinião de algum dos membros da Revista ou um posicionamento institucional do periódico.





O Grupo de Estudos em Processo Civil da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (GEPC/UnB) destina-se à investigação, debate e divulgação de temas correlatos ao Direito Processual com ênfase nos desafios e mudanças institucionais promovidos pelo Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), tendo em vista contribuir com o fortalecimento e disseminação dos ideais democráticos de acesso à Justiça, participação cidadã e duração razoável do processo.

## **O QUE PODEMOS ESPERAR DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS?**

### **UMA RESPOSTA POSSÍVEL A PARTIR DA TEORIA DOS SISTEMAS SOCIAIS DE LUHMANN**

#### **WHAT CAN WE EXPECT OF THE INCIDENT OF REPETITIVE DEMANDS' RESOLUTION? A POSSIBLE ANSWER FROM THE LUHMANN'S THEORY OF SOCIAL SYSTEMS**

**Daniela Marques de Moraes<sup>270</sup>**

**Thiago Rais de Castro<sup>271</sup>**

## **RESUMO**

Este trabalho visa delinear as possíveis contribuições e os desafios relacionados à duração processual e à justiça das decisões trazidos pelo incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR). Para tanto, buscou-se uma abordagem de estudo na Teoria dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann. Verificou-se que o IRDR não é capaz de resolver sozinho a morosidade processual brasileira, pois se trata de um problema estrutural sistêmico. Contudo, quando considerado como parte de uma política mais ampla de reestruturação do Poder Judiciário, o IRDR passa a contribuir com segurança jurídica local, com o fortalecimento da segunda instância e com a redução do tempo processual. O principal desafio existente diz respeito à representatividade das teses firmadas em IRDR. Por isso, realizou-se esforço interpretativo para compatibilizá-las com a Constituição, favorecendo a consistência sistêmica das decisões.

**PALAVRAS-CHAVE:** IRDR. Teoria dos Sistemas Sociais. Justiça das decisões.

---

<sup>270</sup> Doutora em Direito pela Universidade de Brasília – UnB (2014).

<sup>271</sup> Mestre em Engenharia Elétrica pela Universidade de São Paulo – USP (2011). Bacharelado em Direito pela Universidade de Brasília (UnB).

## ABSTRACT

This paper aims to outline the possible contributions and challenges related to the duration of the judicial procedure and the justice of the decisions, brought by the incident of repetitive demands' resolution (IRDR). To do so, it was adopted the Niklas Luhmann's Theory of Social Systems. The IRDR is not capable of resolving alone the Brazilian lengthy proceedings, because it is a systemic structural problem. However, if we consider it as part of a broader policy of restructuring of the Judiciary, it may contribute with legal certainty in scope local, with the strengthening of the second instance and with the reduction of the procedural time. The main challenge is the representativeness of the procedure used in the IRDR. Therefore, a possible interpretation of the procedural rules was proposal to make them compatible with the Brazilian Constitution, giving consistency to the systemic legal decisions.

**KEYWORDS:** IRDR. Social Systems Theory. Justice of the decisions.

## 1. INTRODUÇÃO

O incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) foi incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro pelo novo Código de Processo Civil – CPC (Lei nº 13.105 de 2015) com o intuito de prover solução uniforme e célere às demandas de massa. Destacam-se dois ideais fundantes que permeiam todo o novo CPC, os quais são evidentes nas normas relacionadas ao IRDR: a duração razoável do processo e a justiça das decisões.

A proposta de um novo instituto jurídico vem, na maioria das vezes, acompanhada de expectativas em torno dos possíveis avanços que serão obtidos com a sua entrada em vigor. No caso específico do IRDR, pode-se afirmar que os anseios são ainda maiores em decorrência do atual contexto do Judiciário, em que o volume de demandas tem comprometido a efetividade da prestação judicial.

Dessa forma, buscar-se-á na Teoria dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann uma alternativa para se estudar o IRDR enquanto norma que se insere em um contexto social e institucional amplo e complexo, tendo em vista identificar o que realmente se pode esperar desse novo instituto em relação à redução do tempo processual e à promoção de justiça.

A adoção do trabalho de Luhmann se justifica pelo fato de sua abordagem se mostrar conveniente aos propósitos desta pesquisa por propiciar uma visão sistêmica da atuação do Poder Judiciário, permitindo com que o fenômeno da razoável duração processual e o da justiça das decisões sejam tratados como resultado da atuação do sistema judicial como um todo.

Parte-se, assim, da premissa de que a prestação judicial e, conseqüentemente, a percepção do próprio Judiciário dependem da composição e do esforço de um conjunto de elementos interligados, como decisões anteriores, normas existentes, atuação humana,

infraestrutura tecnológica e de telecomunicações, entre outros.

Para atingir o objetivo deste trabalho, a primeira seção apresenta os aspectos centrais da Teoria dos Sistemas Sociais de Luhmann utilizados para se compreender o fenômeno envolvido na concepção e aplicação do IRDR.

Tendo em vista a amplitude de significados que o conceito de justiça pode assumir, na seção 2, busca-se estabelecer uma noção de justiça possível de ser alcançada pelos tribunais, que será adotada durante as discussões aqui promovidas.

Na seção 3, analisa-se o potencial do IRDR em reduzir o tempo processual e propiciar maior justiça das decisões com base na teoria de Luhmann e no ideal de justiça delineado.

Por fim, as conclusões e a proposta de trabalhos futuros são apresentadas na última seção deste trabalho.

## **2. FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA: ASPECTOS CENTRAIS DA TEORIA DE LUHMANN**

Nesta seção, discutir-se-ão os conceitos e abordagens da Teoria dos Sistemas Sociais de Luhmann necessários para a análise do IRDR proposta.

Luhmann nasceu na Alemanha, em 1927, e se formou em Direito pela Universidade de Friburgo. No início da década de 1960, o autor foi estudar em Harvard, nos Estados Unidos da América, onde conheceu e trabalhou com Parsons – renomado autor da teoria dos sistemas abertos. Ao retornar ao seu país de origem, passou a se dedicar à pesquisa sociológica e, em 1968, torna-se professor da Universidade de Bielefeld, na qual se aposentou em 1994, vindo a falecer pouco tempo depois em 1998<sup>272</sup>.

Sua teoria dos sistemas fechados recebeu influxos de diversas outras, destacando-se a teoria biológica da autopoiese de Humberto Maturana e Francisco Valera, a teoria de cálculo de George Spencer Brown, os modelos cibernéticos da filosofia fenomenológica de Husserl e a teoria dos sistemas abertos de Parsons<sup>273</sup>.

Para facilitar o entendimento da teoria de Luhmann, propõe-se o esquema gráfico da

Figura 1, a seguir, em que se busca demonstrar como a abordagem de sistemas pode ser utilizada para modelar diferentes situações complexas, servindo para compreensão e discussão dos fenômenos e elementos envolvidos. Na

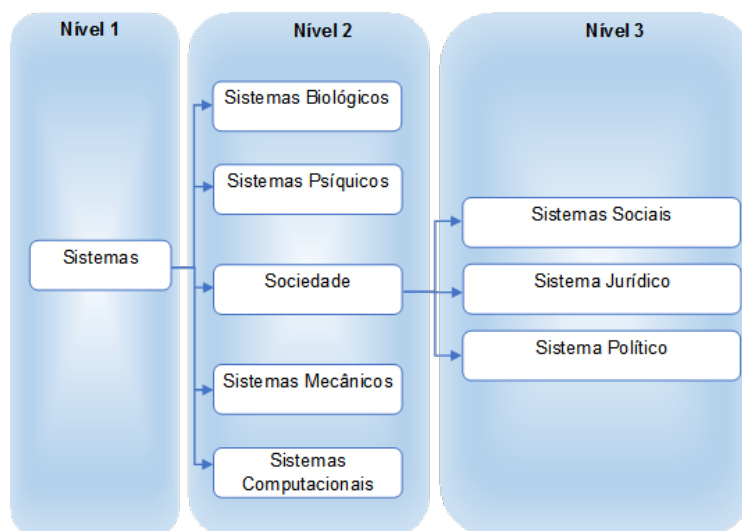
Figura 1, foram destacados três níveis de abstração, partindo de um conceito geral de sistemas, à esquerda, até se chegar ao nível de maior especificação, à direita.

---

<sup>272</sup> SANTOS NETO, A. Bastos. **A questão da Justiça de Kelsen a Luhmann**: do abandono à recuperação. 2010. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo/RS, p. 144.

<sup>273</sup> NEVES, Marcelo. A Teoria dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann: depoimento [2ª semestre, 2004]. São Paulo: **Revista Plural da Universidade de São Paulo**. Entrevista concedida a Rômulo F. Neves, p. 125.

Figura 1: Esquema gráfico da Teoria dos Sistemas de Luhmann.



No primeiro nível ilustrado pela

Figura 1, tem-se o patamar de maior abstração, no qual se localiza a ideia geral de sistemas. Entende-se por sistema a composição de um conjunto de elementos interligados, concretos ou abstratos, apresentando-se como um todo estruturalmente constituído capaz de realizar determinada operação específica.

A partir desse conceito amplo, é possível desdobrar diferentes sistemas, tal como realizado no segundo nível da

Figura 1, em que se identificaram cinco, cada qual caracterizado por possuir sua própria operação. Os sistemas psíquicos, por exemplo, detêm como operação o pensamento<sup>274</sup>.

Em um nível ainda maior de especificação, identificam-se três subsistemas pertencentes ao sistema da sociedade: os sistemas sociais, o sistema jurídico e sistema político (veja nível 3 da

Figura 1).

O sistema da sociedade da teoria de Luhmann se caracteriza por ser capaz de realizar um tipo especial de operação: a comunicação. Cada comunicação é orientada a um código específico, que, no sistema jurídico, consiste em um rígido esquema binário: Direito e não Direito<sup>275</sup>.

<sup>274</sup> CORSI, Giancarlo, ESPOSITO, Elena e BARALDI, Claudio. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. Tradução de Miguel Romero Pérez e Carlos Villalobos. México: Universidad Iberoamericana, 1996, pp. 150-152.

<sup>275</sup> Adotamos a proposta de tradução utilizada pelo prof. Otávio Souza e Rocha Dias Maciel. Assim, emprega-se o binômio Direito/não Direito em detrimento de lícito/ilícito, pois, no texto em Alemão de Luhmann, aparece a expressão “*Recht*”, que significa Direito. Concordamos com o professor que, com a tradução legal/ilegal, há perda semântica, pois Luhmann se refere ao sistema jurídico como um todo e não apenas às normas penais, por

A unidade do ordenamento jurídico é obtida quando o sistema jurídico orienta suas operações a um problema social específico, estabelecendo, com isso, a fronteira entre o sistema e o ambiente<sup>276</sup>. Simplificadamente, o sistema jurídico delinea o seu âmbito de abrangência ao distinguir o que é ou não Direito, pois se uma determinada comunicação não é contemplada pelo sistema, ela será vista como “um fato de seu ambiente”<sup>277</sup>.

Essa solução para a questão da unidade do ordenamento jurídico diferencia a teoria dos sistemas sociais da proposta de outros autores da Filosofia do Direito, como Kelsen<sup>278</sup> e Hart<sup>279</sup>, já que “o direito adquire sua realidade não por alguma idealidade estável, mas exclusivamente pelas operações, que produzem e reproduzem o sentido específico do direito”<sup>280</sup>.

O sistema jurídico é dito autopoiético pelo fato de criar novas comunicações a partir da repetição de operações anteriores bem-sucedidas; assim, *autopoiesis* significa a “determinação do estado posterior do sistema, a partir da limitação anterior à qual a operação chegou”<sup>281</sup>. A recursividade desse sistema está, justamente, na sua tendência em se orientar por decisões, precedentes ou jurisprudência.

*Programa*, por sua vez, consiste no conjunto de condições e critérios que orientam a tomada de decisões<sup>282</sup>. No contexto do sistema jurídico, os programas assumem a forma de normas, leis, regulamentos, proposições jurídicas, doutrina, enfim, tudo aquilo que produza comunicação jurídica<sup>283</sup> – trate sobre o que é ou não direito.

Os programas reduzem a rigidez do código binário ao possibilitar que o sistema jurídico construa suas verdades de forma compatível com outros sistemas, como o da economia, o da política e o da ética. Por exemplo, o critério ético da boa-fé objetiva (art. 113, Lei nº 10.404

---

exemplo, um pacto antenupcial feito por instrumento particular não é ilícito, mas, sim, um não Direito (art. 1.653, Lei nº 10.406/2002).

<sup>276</sup> LUHMANN, Niklas. **O Direito da Sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016, pp. 80-81.

<sup>277</sup> LUHMANN, Niklas. *Op. cit.*, 2016, pp. 127-8.

<sup>278</sup> Kelsen enfrenta o problema da unidade do sistema jurídica por meio do conceito de norma fundamental, que se diferencia das demais normas presentes no ordenamento pelo fato de não ser posta – existir materialmente –, mas, sim, pressuposta. Dessa forma, essa norma é uma abstração utilizada pelos cientistas do Direito, a fim de atribuir um sentido objetivo ao sentido subjetivo de um ato de vontade, ou seja, é um artifício utilizado por Kelsen para assegurar a unidade do ordenamento jurídico, pois ela dá legitimidade direta ou indiretamente a todas as outras normas.

<sup>279</sup> Hart propõe como solução a questão da unidade do sistema jurídico o conceito de norma de reconhecimento, que consiste em uma prática jurídica acreditada pela sociedade, ou seja, a identificação das normas pertencente ou não ao ordenamento jurídico é realizada pelas autoridades competentes reconhecidas pela sociedade, como os tribunais ou, no contexto inglês, a rainha no parlamento (HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito**. Lisboa: Gulbenkian, 1994, pp. 111-121).

<sup>280</sup> LUHMANN, Niklas. *Op. cit.*, 2016, p. 56.

<sup>281</sup> LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas**: aulas publicadas por Javier Torres Nafarrate. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2009, p. 113.

<sup>282</sup> CORSI, Giancarlo, ESPOSITO, Elena e BARALDI, Claudio. *Op. cit.*, 1996, pp. 131-2.

<sup>283</sup> LUHMANN, Niklas. *Op. cit.*, 2016, p. 125.

de 2002 – Código Civil) pode exercer influência na decisão.

A existência de programas não quer dizer que um sistema possa determinar as operações de outro sistema. Isso porque, na teoria de Luhmann, os sistemas são fechados operativamente, ou seja, são capazes de produzir por si mesmos os seus próprios elementos e estruturas<sup>284</sup>. Assim, tem-se que as “operações devem sempre pertencer ao sistema do direito (e, claro, podem sempre ser observadas de fora)”<sup>285</sup>.

O fechamento operativo decorre do fato de que só o sistema jurídico detém a operação de dizer o que é ou não Direito. Em suma, esse sistema é operativamente fechado por ser capaz de se reproduzir – construir suas verdades – com base em suas próprias operações, diferenciando o que pertence ao sistema daquilo que pertence ao ambiente<sup>286</sup>.

Destaca-se que *fechamento operativo* é diferente de isolamento, conforme explicado no trecho a seguir:

Também a teoria do sistema operativo fechado é uma teoria da diferença entre sistema e ambiente. Por isso, ‘fechado’ não deve ser entendido como ‘isolado’. Ele não impede, ainda que realce, à sua própria maneira, relações causais intensivas entre sistemas e seus ambientes e ainda que interdependências de tipo causal se façam estruturalmente necessárias para o sistema. Pode-se pensar aqui, por exemplo, nas condições da vida sobre a Terra, que são complexas e, do ponto de vista físico, altamente seletivas. Seria realmente absurdo ignorar o senso comum. Por isso, na teoria dos sistemas, já há muito se aceitou que a abertura (dependência do sistema em relação ao ambiente), com base na matéria ou energia, não estabelece nenhum conflito com a tese de fechamento informacional ou semântico. Assim, diferenciamos fechamento causal (isolamento) de fechamento operativo. Ao definir seu objeto, a teoria do fechamento operativo dos sistemas abstrai-se das relações causais entre sistema e ambiente<sup>287</sup>.

Assim, embora sejam operativamente fechados, os sistemas pressupõem a existência de elementos de seu entorno, que não podem ser produzidos de maneira autônoma pelo próprio sistema<sup>288</sup>. A reprodução da comunicação dos sistemas jurídicos, por exemplo, necessita de um ambiente físico compatível, da sociedade e de outras condições pressupostas:

O sistema do direito é, para insistir nesse aspecto crucial, um subsistema do sistema da sociedade. Sendo assim, a sociedade não é simplesmente o ambiente do sistema legal. Em parte, ela é mais, à medida que inclui operações do sistema jurídico, e em parte, menos, à medida que o sistema do direito tem a ver também com o ambiente do sistema da sociedade, sobretudo com as realidades mentais e corpóreas do ser humano, e também com outras condições, que podem ser físicas, químicas e biológicas, dependendo dos extratos que o sistema do direito declarar juridicamente

---

<sup>284</sup> CORSI, Giancarlo, ESPOSITO, Elena e BARALDI, Claudio. *Op. cit.*, 1996, p. 153.

<sup>285</sup> LUHMANN, Niklas. *Op. cit.*, 2016, p. 56.

<sup>286</sup> LUHMANN, Niklas. *Op. cit.*, 2016, p. 59-60.

<sup>287</sup> LUHMANN, Niklas. *Op. cit.*, 2016, pp. 58-9.

<sup>288</sup> CORSI, Giancarlo, ESPOSITO, Elena e BARALDI, Claudio. *Op. cit.*, 1996, p. 19.

relevantes<sup>289</sup>.

A relação entre um sistema e os pressupostos do seu entorno, necessários para autopoiese, é denominada de *acoplamento estrutural* e foi identificada por Maturana<sup>290</sup>.

Além de servir de pressuposto para autopoiese, o entorno pode produzir perturbações que irão gerar transformações no sistema jurídico: “mediante o acoplamento estrutural, o sistema desenvolve, por um lado, um campo de indiferença e, por outro, faz com que haja uma canalização de causalidade que produz efeitos que são aproveitados pelo sistema”<sup>291</sup>.

O sistema jurídico, por exemplo, pode gerar uma perturbação no sistema da sociedade ao estabelecer determinado padrão de conduta a ser seguido, criando, com isso, expectativas de que as pessoas passarão a orientar seus comportamentos de acordo com o que foi estabelecido pela jurisprudência. Destaca-se que essa interferência de um sistema no outro não é direta em decorrência do fechamento operativo:

Ora, a teoria da autopoiese mostra que a causalidade intersistemática (entre sistemas diferentes e fechados entre si) nunca é direta, mas antes mediada. Um sistema apenas pode “irritar”, “comprimir” outro, provocando nele reações internas que, segundo a sua lógica interna, responderão a estas ‘irritações’. Tudo o que um sistema pode fazer é disparar um processo de reajustamentos internos de outro, cujas consequências finais lhe escapam todavia<sup>292</sup>.

Em toda perturbação, existe um grau de incerteza sobre a forma como o outro sistema irá reagir e passar a se comportar, podendo haver, inclusive, efeitos colaterais (disfunções e externalidades) dessa intervenção. Por exemplo, ao reconhecer direitos apenas à união entre indivíduos de sexos diferentes, o sistema jurídico gera uma perturbação no sistema da sociedade, criando-se expectativas de que as pessoas irão orientar suas vidas de acordo com essa regra, além de ter como efeito indesejado o aumento do nível de distanciamento e de preconceito em relação à parcela excluída do âmbito jurídico.

Para os propósitos deste trabalho, destacam-se dois níveis de perturbação realizados pelo sistema político: um com vistas à própria estrutura interna de operação do sistema jurídico e o outro direcionado ao conteúdo das operações jurídicas. Esses dois níveis relacionam-se, respectivamente, à distinção realizada por Kelsen entre Direito formal e material, a seguir transcrita:

---

<sup>289</sup> LUHMANN, Niklas. *Op. cit.*, 2016, p. 74.

<sup>290</sup> LUHMANN, Niklas. *Op. cit.*, 2009, pp. 128-31.

<sup>291</sup> LUHMANN, Niklas. *Op. cit.*, 2009, pp. 131-2.

<sup>292</sup> HESPANHA, A. Manuel. **Cultura jurídica européia: síntese de um milênio**. Coimbra: Almedina, 2012, p. 575.

Como Direito formal designam-se as normas gerais através das quais são regulados a organização e o processo das autoridades judiciais e administrativas, os chamados processo civil e penal e o processo administrativo. Por Direito material entendem-se as normas gerais que determinam o conteúdo dos atos judiciais e administrativos e que são em geral designadas como Direito civil, Direito penal e Direito administrativo, muito embora as normas que regulam o processo dos tribunais e das autoridades administrativas não sejam menos Direito civil, Direito penal e Direito administrativo<sup>293</sup>.

Dessa forma, o sistema político é capaz de produzir perturbações no sistema jurídico, tanto na edição de normas processuais, a exemplo do IRDR, como também na proposta de normas de Direito material.

Por fim, é importante deixar claro que essa divisão é meramente didática, já que a conexão sistemática existente entre o Direito formal e o material constitui um amálgama indissociável para o sistema jurídico, “o qual regula a sua própria criação e aplicação”<sup>294</sup>. Por meio da Teoria dos Sistemas Sociais de Luhmann, a percepção que fazemos do Judiciário depende da atuação do sistema jurídico como um todo.

### **3. A CONSISTÊNCIA SISTÊMICA COMO IDEAL DE JUSTIÇA DAS DECISÕES**

Em decorrência da importância e da amplitude assumida pelo tema Justiça, nesta seção, buscar-se-á delinear uma noção de justiça possível de ser alcançada nas decisões judiciais, a fim de servir de parâmetro balizador das discussões realizadas no decorrer deste trabalho.

Para tanto, parte-se da ideia de justiça vista como uma espécie de operação ou conduta humana e, por meio do estudo de diferentes autores, acrescentam-se outros elementos a essa concepção inicial até se chegar a uma noção adequada aos propósitos aqui pretendidos.

A justiça como operação, em uma abordagem inicial, pode ser entendida como a prática reiterada de atos que pressupõem a exterioridade do comportamento – há, necessariamente, o outro. Essa acepção pode ser encontrada em Aristóteles, que entendia a justiça como uma prática ou hábito.

Aristóteles distingue diferentes tipos de justiça, destacando-se o ideal de justiça distributiva<sup>295</sup>, que pode ser sintetizado por meio da máxima que estabelece a igualdade de tratamento entre os iguais e a diferença de tratamento entre os diferentes.

Assim, esse ideal é alcançado por meio do equilíbrio, ou seja, não se pode obter muito

---

<sup>293</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 161.

<sup>294</sup> KELSEN, Hans. *Op. cit.*, 1999, p. 161.

<sup>295</sup> O ideal de justiça distributiva é discutido em diversos pontos da obra “Ética a Nicômaco” de Aristóteles, destacando-se os capítulos 3 e 4 do livro V. (Cf. ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco in. Os Pensadores*. São Paulo: Victor Civita, 1984, 1131a10 – 1132b20).



ônus, tampouco demasiado benefício – a justiça estaria no meio termo<sup>296</sup>. Ser justo é ser proporcional: cada cidadão não pode receber nem mais nem menos do que efetivamente lhe compete em decorrência da sua posição social, riqueza ou excelência<sup>297</sup>.

Deve-se ter em mente o contexto sócio-político específico em que esse conceito foi formulado: Atenas, no período de Aristóteles (384?-323 a. C.), era uma sociedade estratificada, que excluía do conceito de cidadão os escravos, crianças, mulheres e estrangeiros.

Além disso, o conceito de justiça distributiva, em sua acepção inicial, refere-se à distribuição proporcional realizada pelo Estado “de honras, de dinheiro ou das outras coisas que são divididas entre aqueles que têm parte na constituição (pois aí é possível receber um quinhão igual ou desigual ao de um outro)”<sup>298</sup>. Observa-se que a igualdade tratada por Aristóteles é bem concreta por se referir a coisas como bens e honras.

Difere-se, assim, da igualdade da modernidade<sup>299</sup> que é abstrata: entendida como a igualdade entre os cidadãos. E mesmo nessa concepção moderna, observam-se momentos bem distintos, em que a igualdade irá assumir diferentes significados, em especial, no Estado de Direito e no Estado Social<sup>300</sup>.

Nesse ponto, pode-se ir além, passando a entender a justiça não apenas como uma fórmula de ponderação, mas, sim, como um procedimento ou operação do sistema jurídico. Esse ideal de justiça pressupõe um sistema jurídico organizado e responsável pela prática reiterada de atos que, necessariamente, ocorrem entre homens com rosto e fala, e não de forma individual e abstrata. É importante frisar que a ideia de sistema só vai ganhar força a partir da Escolástica (séc. XI-XV d.C.), em especial, com o trabalho da escola dos comentadores ou pós-glosadores a partir do século XIII<sup>301</sup>.

---

<sup>296</sup> ARISTÓTELES. *Op. cit.*, 1984, 1131a30 – 1131b20.

<sup>297</sup> ARISTÓTELES. *Op. cit.*, 1984, 1131a25.

<sup>298</sup> ARISTÓTELES. *Op. cit.*, 1984, 1130b30. A constituição da Antiguidade é um ideal político fundante que serve para reforçar a unidade política da *polis* grega, a qual é enxergada sob uma perspectiva organicista de mundo, em que os estratos da sociedade constituem órgãos que compõem um todo social, tido como um corpo, no qual o ofício exercido por cada um é definido pela natureza. Cf. FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Trad. Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2001, pp. 15-31.

<sup>299</sup> Benjamin Constant apresenta a forma como a liberdade era entendida na Antiguidade em contraposição com a que ela passou a ser percebida na Modernidade. Cf. CONSTANT, Benjamin (1819). Da liberdade dos antigos comparada com a dos modernos. *Revista Filosofia Política*, nº 2, 1985, pp. 9-75.

<sup>300</sup> Para uma interessante discussão sobre o significado assumido pelo ideal de igualdade no paradigma do Estado de Direito em contraposição com o ideal de igualdade do Estado Social, veja: CARVALHO NETTO, M. A contribuição do direito administrativo enfocado da ótica do administrado. *Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 11-20, 2001.

<sup>301</sup> A escola dos comentadores surge na Itália durante o surto urbanista e mercantil dos séculos XIII e XIV, destacando-se o trabalho de Bártolo de Sassoferrato. A complexificação da sociedade somada com a expansão das relações comerciais fizeram com que o trabalho dessa escola se voltasse para a adequação do direito comum às novas demandas normativas por meio da sua sistematização e integração com os direitos próprios, que é aquele constituído pelos costumes e práticas locais, ou seja, o direito aplicado por uma localidade específica (cf. HESPANHA, A. Manuel. *Op. cit.*, 2012, pp. 198-9).

A justiça como operação do sistema jurídico pode ser encontrada nos trabalhos de Arendt, Kelsen e Derrida sob diferentes perspectivas, que se aproximam pelo fato de associarem a justiça à norma escrita e à objetividade, tendo por base um sistema jurídico.

Hannah Arendt observa que a incapacidade do Estado-nação do pós-Segunda Guerra (1939-1945) em dar resposta adequada à situação dos apátridas gerou uma situação de insegurança e de extrema injustiça, pois a ausência de normas abriu a possibilidade de soluções arbitrárias e desvinculadas do sistema jurídico, com a transferência do problema para a polícia<sup>302</sup>.

Sobre a importância assumida pelo sistema jurídico para a consecução da justiça, na visão dessa autora:

A melhor forma de determinar se uma pessoa foi expulsa do âmbito da lei é perguntar se, para ela, seria melhor cometer um crime. Se um pequeno furto pode melhorar a sua posição legal, pelo menos temporariamente, podemos estar certos de que foi destituída dos direitos humanos. Pois o crime passa a ser, então, a melhor forma de recuperação de certa igualdade humana, mesmo que ela seja reconhecida como exceção à norma. O fato – importante – é que a lei prevê essa exceção. Como criminoso, mesmo um apátrida não será tratado pior que outro criminoso, isto é, será tratado como qualquer outra pessoa nas mesmas condições. Só como transgressor da lei pode o apátrida ser protegido pela lei. Enquanto durem o julgamento e o pronunciamento da sua sentença, estará a salvo daquele domínio arbitrário da polícia, contra o qual não existem advogados nem apelações<sup>303</sup>.

Nesse sentido, Arendt associa a justiça à inserção do indivíduo em uma comunidade organizada, que lhe reconheça direitos e lhe dê garantias procedimentais objetivas capazes de lhe proteger dos arbítrios e ingerências externas, provenientes de outras pessoas, instituições ou, até mesmo, do próprio Estado<sup>304</sup>. Tal entendimento decorre do fato de que os direitos materiais, em especial, os direitos humanos, necessitam de processos de concretização para se efetivarem, do contrário, são apenas ideias vagas e abstratas, que assumem diferentes significados a depender do contexto político-social e histórico em que se inserem.

Assim, tem-se que o ideal de justiça, para essa autora, está atrelado à existência de um sistema jurídico informado por valores de uma comunidade e amparado em procedimentos formais que franqueiem a todos igual oportunidade de participação e defesa, conforme o

---

<sup>302</sup> Embora a questão dos apátridas esteja extremamente presente nos dias atuais com a atual crise dos imigrantes nos EUA e na Europa, é necessário ter em mente o contexto histórico e sócio-político em que Hannah Arendt escreveu. Essa autora refere-se ao fenômeno social observado após a Segunda Guerra Mundial (1939-1945) decorrente, principalmente, do cancelamento em massa da nacionalidade de grupos de pessoas realizado por países do Ocidente durante o período de conflito (cf. ARENDT, Hannah. **As Origens do Totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p. 310, nota 20, e p. 321).

<sup>303</sup> ARENDT, Hannah. *Op. cit.*, 1998, p. 320.

<sup>304</sup> ARENDT, Hannah. *Op. cit.*, 1998, p. 328-336.

trecho a seguir, em que a Arendt afirma que o ideal de justiça não é algo dado, mas, sim, construído socialmente:

A igualdade, em contraste com tudo o que se relaciona com a mera existência, não nos é dada, mas resulta da organização humana, porquanto é orientada pelo princípio da justiça. Não nascemos iguais; tomamo-nos iguais como membros de um grupo por força da nossa decisão de nos garantirmos direitos reciprocamente iguais<sup>305</sup>.

Em Kelsen, também, é possível identificar o ideal de justiça como atuação do sistema jurídico. Infere-se tal entendimento pelo fato de esse autor associar o conceito de justiça à objetividade, ao respeito à igualdade e à democracia<sup>306</sup>, o que pressupõe a existência de um procedimento ou sistema que viabilize a atividade jurídica.

Além disso, basta lembrar que o modelo de controle concentrado de constitucionalidade, em que há uma suprema corte responsável pela coordenação de decisões dos demais órgãos inferiores do Judiciário, foi idealizado por Kelsen<sup>307</sup>, demonstrando a ênfase dada por esse autor à questão procedimental do sistema jurídico.

Derrida, por sua vez, também dá importância ao sistema jurídico, à objetividade e ao cálculo. Para esse autor, justiça é desconstrução: devemos desmontar e desconstruir o conhecimento que temos para se definir uma forma justa de se interpretar<sup>308</sup>.

Destaca-se que a proposta de Derrida tem uma preocupação ética muito forte tal como a encontrada em Arendt. A desconstrução não pode ser feita de forma inconsequente, pois, ao desconstruir uma ideia consolidada sobre determinado assunto, tornamo-nos responsáveis pelo outro e, até mesmo, pelas consequências imprevistas ou não intencionais dessa ação.

Um último aspecto do trabalho de Derrida que se mostra extremamente útil ao objetivo desta pesquisa é que esse autor coloca lado a lado a questão da justiça e da duração processual. Para Derrida, o tempo joga contra a justiça, já que esta depende de uma resposta célere e a desconstrução necessita de tempo – sempre é possível desconstruir, pois esse processo é infinito. Vejamos o trecho a seguir.

Ora, a justiça, por mais inapresentável que permaneça, não espera. Ela é aquilo que não deve esperar. Para ser direito, simples e breve, digamos isto: uma decisão é sempre requerida imediatamente, de pronto, o mais rápido possível. Ela não pode se permitir a informação infinita e buscar o saber sem limite das condições, das regras ou dos imperativos hipotéticos que poderiam justificá-la. E mesmo que ela

<sup>305</sup> ARENDT, Hannah. *Op. cit.*, 1998, p. 335.

<sup>306</sup> KELSEN. **O Problema da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1998, pp. 15-66.

<sup>307</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro** [livro digital]. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, capítulo I, seção V, subseção 3.2.

<sup>308</sup> DERRIDA, Jacques. **Força de Lei**. São Paulo: Martins Fontes, 2010, pp. 3-43

dispusesse de tudo isso, mesmo que ela se desse tempo, todo o tempo e todos os saberes necessários a esse respeito, pois bem, o momento da decisão como tal, aquele que deve ser justo, precisa ser sempre um momento finito de urgência e de precipitação [...] <sup>309</sup>.

Até este ponto, identificou-se que a concepção de justiça a ser utilizada deve ter por base um sistema jurídico capaz de proceder de forma objetiva, democrática e tempestiva, pautando a solução dos conflitos sociais por parâmetros de igualdade e de ética.

Por fim, passa-se à análise do ideal de justiça de Luhmann. Esse autor parte da justiça como atuação do sistema jurídico acrescentando-lhe o conceito de fórmula para contingência.

Primeiramente, é importante destacar que Luhmann enxerga a justiça como um fator indispensável para que ocorra a transformação do sistema: por meio da auto-observação, o sistema identifica operações que não se mostram mais adequadas com a conjuntura do mundo, cria uma nova diferença e a reintroduz no sistema jurídico, que passa a operar a partir dessa modificação – esse fenômeno é chamado por Luhmann de *re-entry* <sup>310</sup>. Como exemplo, pode-se citar o reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal (STF) da união homoafetiva como instituto jurídico <sup>311</sup>, esse entendimento decorreu da dissonância do sistema jurídico com a realidade social, ou seja, de uma situação paradoxal, fonte de insegurança jurídica por haver divergência de decisões.

Em decorrência disso, pode-se entender a justiça como um tipo especial de auto-observação capaz de tornar observável o inobservável – o laço de afeto homoafetivo sempre existiu em nossa sociedade e, a depender do caso concreto, era tratado pelos tribunais como uma espécie de sociedade comercial simples, não sendo, assim, observado ou reconhecido pelo sistema jurídico como uma instituição matrimonial.

Além de propiciar a transformação, a justiça também possui uma função reguladora das operações realizadas internamente no sistema jurídico. E é a união dessas duas funções – transformadora e reguladora – que constitui o conceito de fórmula para contingência.

Inicialmente, pode causar estranheza a nomenclatura da fórmula de Luhmann, contudo, ela se justifica. Toda comunicação pode ser interpretada de diversas maneiras – esse fenômeno denomina-se complexidade. Essa multiplicidade de possibilidades implica em uma infinidade de escolhas possíveis, ou seja, tem-se uma situação de contingência, na qual a escolha de uma opção acarreta na rejeição de outras.

---

<sup>309</sup> DERRIDA, Jacques. *Op. cit.*, 2010, p. 51.

<sup>310</sup> CORSI, Giancarlo, ESPOSITO, Elena e BARALDI, Claudio. *Op. cit.*, 1996, p. 135-6.

<sup>311</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341 RTJ VOL-00219-01 PP-00212.

O sistema jurídico, assim, deve saber lidar com a complexidade e com a contingência existentes. Isto é, esse sistema deve ser capaz de reduzir ou acomodar a complexidade do meio social, para tanto ele aumenta a sua complexidade interna. Otávio Maciel ilustra bem como o aumento de complexidade de um sistema pode ser favorável para acomodar complexidades do ambiente:

Um exemplo tecnológico é muito útil: desde vários séculos até 20 anos atrás, vários inventos foram criados para atender a necessidades, mapas, bússolas, rádio, régua, bloco de notas, agenda, calendários – e mesmo outros inventos de lazer, como câmeras, *walkman*, jogos diversos. A proliferação de itens culturais gerou um aumento da complexidade e mesmo da contingência – levar todos estes itens de uma só vez podia se provar problemático. Porém, a tecnologia se sofisticou, e há a criação dos *smartphones*. Desta forma, as contingências são absorvidas por um único aparelho complexo – ou sofisticado – que atende a múltiplas necessidades e lida de forma satisfatória com a complexidade<sup>312</sup>.

Pois bem, a fórmula para contingência baseia-se na “forma de regras que decidem casos iguais de maneira igual (e, portanto, casos desiguais de maneira desigual)”<sup>313</sup>, ou seja, no princípio da igualdade. Destaca-se que Luhmann não está se referindo ao meio termo entre duas possíveis decisões extremas<sup>314</sup>, nem à igualdade material, como se observa a seguir.

Aliás, com o conceito de “fórmulas” de contingência afirma-se que a justiça não inclui nem um enunciado sobre a essência ou sobre a natureza do direito, nem um princípio fundador da validade jurídica e nem, por fim, um valor que fizera aparecer o direito como algo digno de preferência<sup>315</sup>.

Na verdade, a fórmula para contingência tem por base o princípio formal de igualdade, correspondendo a uma abstração jurídica, como o CPF ou um edital de concurso, que possibilita tratar as pessoas de maneira igual, sem distinções genéricas e discriminatórias. O tratamento diferenciado pode existir desde que previsto especificamente com ampla publicidade, a fim de propiciar o controle social, administrativo e jurídico, como no caso dos editais de concurso que preveem cotas para portadores de necessidades especiais. Com isso, tem-se que a diferença só se manifesta diante do caso concreto.

Para ilustrar, tomemos, novamente, o edital de um concurso. Ele estabelece uma forma de tratamento igual para todos os candidatos. A diferença de idade entre os candidatos, por

---

<sup>312</sup> DIAS MACIEL, Otávio Souza e Rocha. **Elementos ontogenoseológicos para uma teorização do direito: um roteiro de pesquisas**. 2013. 114f. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília/DF, p. 78.

<sup>313</sup> LUHMANN, Niklas. *Op. cit.*, 2016, p. 302-3.

<sup>314</sup> Cf. LUHMANN, Niklas. *Op. cit.*, 2016, p. 303.

<sup>315</sup> LUHMANN, Niklas. *Op. cit.*, 2016, p. 297.

exemplo, somente terá relevância diante da situação concreta, caso seja necessário utilizá-la como critério de desempate. A diferenciação realizada fora do caso concreto seria uma situação de injustiça.

Com isso, tem-se que a fórmula para contingência consiste no respeito ao procedimento e à operação jurídica, não podendo ser confundido com um princípio moral:

Uma separação clara entre justiça e juízo moral, isto é, reflexão ética, é apenas uma questão da autonomia do sistema jurídico. Ela garante também a independência do direito em relação à avaliação moral do direito e, não por último, garante a possibilidade de dissenso moral na avaliação das questões jurídicas. Além disso, ela é a condição de possibilidade para que de algum modo se possa saber de que trata determinado assunto quando se pergunta pela qualidade moral e ética da justiça<sup>316</sup>.

A abordagem de Luhmann possibilita aferir a justiça de decisões por meio da análise da consistência delas. Decisão inconsistente é aquela que se baseia em um entendimento superado ou pré-conceitos, que faça uso de critérios externos ao sistema jurídico, que não respeite a igualdade formal, que seja divergente sem que o caso concreto justifique.

Como se observa, a fórmula para contingência de Luhmann está associada à igualdade formal, à recursividade, à coerência, à complexidade adequada, enfim, com a consistência das soluções jurídicas. A justiça como fórmula para contingência pode ser obtida por meio de “uma complexidade adequada do sistema jurídico”<sup>317</sup>.

Conclui-se, assim, que o ideal de justiça a ser adotado neste trabalho relaciona-se com a consistência sistêmica das decisões tomadas pelo sistema jurídico, que deve sempre proceder de forma objetiva, democrática e tempestiva, tendo por base parâmetros de igualdade e ética.

#### **4. ANÁLISE DO IRDR A PARTIR DA TEORIA DOS SISTEMAS SOCIAIS DE LUHMANN**

Nesta seção, analisar-se-ão as contribuições e desafios trazidos pelo IRDR no que se refere à redução do tempo de trâmite processual e à promoção de decisões jurídicas justas.

Para tanto, nas próximas sub-seções, utiliza-se a Teoria dos Sistemas Sociais de Luhmann como referencial teórico, a fim de se compreender o fenômeno envolvido na concepção e aplicação desse instituto jurídico.

##### **4.1. Diferenças entre o IRDR e o modelo germânico**

O IRDR é uma das inovações trazidas pelo novo Código de Processo Civil (Lei nº

---

<sup>316</sup> LUHMANN, Niklas. *Op. cit.*, 2016, p. 310.

<sup>317</sup> NEVES, Marcelo. *Justicia y diferecncia em uma sociedad global compleja*. In: **Revista DOXA** n. 24, ano 2001, p. 350, tradução nossa.

13.105 de 2015). Sua proposta foi inspirada no direito alemão, o qual prevê o instituto denominado *Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz* (KapMuG)<sup>318</sup>, cujas decisões servem de paradigma para a solução de litígios que se repetem<sup>319</sup>.

A primeira questão a ser enfrentada refere-se à possibilidade de o Brasil obter resultados semelhantes aos observados na Alemanha no campo das demandas de massa, por meio da adoção IRDR. Para respondê-la, recorre-se à teoria de Luhmann que “explica as dificuldades da ‘tradução’ (no sentido mais *lato* do termo) das normas, institutos e conceitos de um sistema jurídico para outro”<sup>320</sup>.

A Teoria dos Sistemas Sociais põe em evidência a relação existente entre os resultados provenientes de determinado instituto com o sistema e ambiente social nos quais eles se inserem. Por isso, ao se transferir determinado instituto de um sistema para outro, é inevitável a sua reinterpretação para adequá-lo à lógica do sistema destinatário e aos pressupostos sociais do novo ambiente, como valores e costumes.

Assim, pode-se afirmar que os contornos assumidos pelo IRDR serão diferentes daqueles observados na Alemanha, em decorrência da relação do KapMuG com as características locais do seu país de origem, as quais não são equiparáveis com as do Brasil.

Além disso, o IRDR afasta-se ainda mais do modelo germânico devido a modificações específicas realizadas pelo legislador brasileiro, que recebeu forte influência de experiências obtidas com outros mecanismos aqui já estabelecidos que visam, também, às demandas de massa, como os recursos especial e extraordinário repetitivos<sup>321</sup>.

Dentre as diferenças entre o IRDR e o KapMuG, destacam-se: o assunto tratado, o escopo, a legitimidade para propositura, o requisito formal de admissão, o tempo de vigência e o alcance da decisão.

Em relação ao assunto tratado, o instituto alemão restringe-se às demandas correlatas ao mercado de capitais<sup>322</sup>. Por outro lado, o IRDR permite discutir qualquer assunto, tanto de Direito processual quanto material.

O escopo do KapMuG é mais amplo do que o do IRDR ao permitir a análise de

---

<sup>318</sup> Especificamente, o KapMuG consiste em um procedimento especial pensado para súbitas demandas de massa provenientes de investidores do setor de mercado de capitais da Alemanha (*vide*: RODRIGUES, Baltazar J. V. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, v. VIII, p. 93-108. Rio de Janeiro, 2011, p. 100-1).

<sup>319</sup> BRASIL. Congresso Nacional. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Código de Processo Civil: anteprojeto. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010.

<sup>320</sup> HESPANHA, A. Manuel. *Op. cit.*, 2012, p. 576.

<sup>321</sup> MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas do Novo Código De Processo Civil. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, v. 243, p. 283-331, 2015, seção 3.

<sup>322</sup> RODRIGUES, Baltazar J. V. *Op. cit.*, 2011, p. 102.

questões fáticas e de direito<sup>323</sup>. Já o IRDR restringe-se a questões unicamente de direito, de acordo com o artigo 976, inciso I, do CPC.

Além disso, apenas as partes do processo de origem possuem legitimidade para instaurar o KapMuG, sendo vedada a proposta de ofício pelo juiz<sup>324</sup>. O rol de legitimados do IRDR é mais amplo, abrangendo as partes do processo principal, o Ministério Público e a Defensoria Pública, além de permitir com que o juiz ou relator instaure o incidente de ofício, segundo o artigo 977 do CPC.

Outra diferença entre esses institutos refere-se à exigência de um mínimo de 10 demandas idênticas para a instauração do KapMuG, sendo que o IRDR não estabelece o número mínimo de repetições para configurar a “efetiva repetição de processos” (art. 976, I, CPC). A abordagem brasileira guarda relação com aquela adotada nos recursos especial e extraordinário repetitivos, em que se exige multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito sem se estabelecer o patamar mínimo específico (art. 1.036, CPC).

Destaca-se, também, que a proposta alemã possui tempo de vigência temporário, iniciado em 2010 e que se estenderá até 2020, devido a sucessivas prorrogações<sup>325</sup>.

Por fim, a decisão proveniente do KapMuG aplica-se apenas aos casos pendentes<sup>326</sup>. De forma diversa, a tese firmada no IRDR será aplicada a todos os processos pendentes na área de jurisdição do respectivo Tribunal, bem como aos casos futuros (art. 985, CPC).

Pelo exposto, conclui-se não ser possível estabelecer uma relação direta entre resultados do KapMuG na Alemanha com aqueles provenientes da adoção do IRDR no Brasil. Esse entendimento se ampara tanto na inevitável reinterpretação decorrente da tradução de determinado instituto de um sistema jurídico para outro, como também no fato de o IRDR possuir características próprias que o torna estruturalmente diferente da concepção alemã.

#### **4.2. O potencial do IRDR em alterar o cenário atual da prestação judicial brasileira**

O instituto do IRDR, enquanto norma processual promulgada pelo Legislativo, pode ser entendido como uma perturbação canalizada pelos procedimentos constitucionais<sup>327</sup>, realizada pelo sistema político sobre o sistema jurídico. Resumidamente, esse novo instituto pode ser visto como uma interferência do Legislativo na estrutura do trâmite processual do Judiciário,

<sup>323</sup> MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. *Op. cit.*, 2015, seção 4.1, nota 19.

<sup>324</sup> ROSSONI, Igor Bimkowski. O “Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas” e a Introdução do Group Litigation no Direito Brasileiro: Avanço ou Retrocesso? *Revista Páginas de Direito*, Porto Alegre, ano 10, nº 1065, 07 de dez. de 2010, seção 7.

<sup>325</sup> MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. *Op. cit.*, 2015, seção 3.

<sup>326</sup> ROSSONI, Igor Bimkowski. *Op. cit.*, 2010, seção 9.

<sup>327</sup> NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. São Paulo, SP: WMF Martins Fontes, 2013, p. 89-170.



a fim de criar um instrumento para dar vazão ao grande volume de demandas repetitivas.

Embora o IRDR se relacione a aspectos processuais, deve-se ter em mente que a questão do tempo processual ultrapassa os limites do sistema jurídico, já que envolve fatores sociais relacionados ao perfil da litigiosidade existente em determinada localidade, como a propensão da sociedade para demandar os assuntos objetos de conflito, características dos litigantes – o poder econômico e os interesses específicos das partes, por exemplo, podem influir na forma como o processo será conduzido –, entre outros.

Dessa forma, observa-se que a análise do IRDR envolve não só o sistema jurídico, mas também inclui o sistema político e o ambiente social no qual esses sistemas se inserem.

O estudo do IRDR torna-se ainda mais complexo se considerarmos o grau de incerteza sobre a forma como o sistema jurídico e a sociedade irão reagir à perturbação gerada pelo sistema político na proposta desse instituto e a maneira como eles passarão a se comportar, devendo-se, inclusive, considerar possíveis disfunções e externalidades dessa intervenção.

Além de possibilitar a visualização dos aspectos que devem ser levados em conta na análise do IRDR, a teoria de Luhmann permite o reconhecimento da duração processual e da justiça das decisões como fenômenos observáveis resultantes da atuação do sistema jurídico como um todo. Isso quer dizer que a percepção que fazemos do Judiciário depende da composição do esforço de um conjunto de elementos interligados, concretos e abstratos – como jurisprudência, normas, atuação humana, infraestrutura tecnológica *etc.*

Pelo exposto, depreende-se que a efetividade do IRDR está condicionada à forma como todos os elementos que compõem o sistema jurídico serão orquestrados e às repercussões geradas no sistema da sociedade, pois esse instituto não é, por si só, capaz de determinar o comportamento sistêmico interno, tampouco do ambiente.

Seria ingenuidade pensar que a atual complexidade assumida pelo sistema jurídico e pela sociedade brasileira permita a apresentação de um instituto que seja uma panaceia e resolvesse sozinho o problema estrutural sistêmico.

Assim, tem-se que a mudança do *status quo* do Judiciário, para se efetivar, tem de considerar a gramática interna do sistema jurídico, a fim de produzir perturbações que disparem um processo de reestruturação capaz de fazer com que a totalidade desse sistema passe a operar de forma otimizada e consistente.

Resumidamente, o conjunto de medidas para enfrentar o atual cenário instalado no Poder Judiciário brasileiro deve considerar suas consequências sobre o exterior do sistema jurídico (ambiente), além de vislumbrar a repercussão dessas medidas no interior do próprio sistema.

### 4.3. Análise dos principais aspectos e desafios do IRDR

Apesar das limitações do IRDR quando analisado isoladamente, se o considerarmos como parte de uma política mais ampla de reestruturação do Judiciário, iniciada pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004 e reforçada pela proposta do novo CPC, esse instituto pode vir a ter uma parcela de contribuição na alteração do cenário atual da prestação judicial brasileira, justificando a sua investigação. Por isso, apresentam-se, a seguir, os aspectos centrais do instituto relacionados à razoável duração processual e à justiça das decisões, bem como os atuais desafios sobre esse tema.

A tese firmada em IRDR contribui com a segurança jurídica na respectiva unidade federativa ou região judiciária, ao uniformizar o entendimento dado à determinada questão de direito. Essa tese possui aplicação obrigatória em todos os casos, pendentes e futuros, sendo assegurada a sua efetividade por meio da ação de reclamação, instaurada no Tribunal autor da tese não observada (art. 985, CPC).

Não obstante o IRDR favoreça a segurança jurídica em âmbito local, em termos sistêmicos, isso pode gerar inconsistências, pois há possibilidade de que outros Estados ou Regiões deem solução diversa para a mesma questão de direito. Daí a importância assumida pela opção de se interpor recurso extraordinário ou especial contra decisão em IRDR, pois viabiliza que a questão seja pacificada nacionalmente (art. 982, CPC).

O reconhecimento de recurso especial ou extraordinário sobre a questão objeto do IRDR já instaurado gera uma sobrecarga temporal no estabelecimento da tese, já que depende do trâmite recursal no Superior Tribunal de Justiça (STJ) ou no Supremo Tribunal Federal (STF). Para se ter uma noção, tem-se que, em 2015, o tempo médio dos processos que transitaram no STJ, considerando-se o período da distribuição até a solução definitiva, foi de, aproximadamente, 1 ano e 1 mês<sup>328</sup>. Já a duração média do recurso extraordinário no STF, tendo por base o recorte temporal de 1988 a 2013, foi de 1 ano e 19 dias<sup>329</sup>.

Assim, considerando que o IRDR possui o prazo de 1 ano para ser julgado (art. 980, CPC), caso haja a interposição de recurso especial ou extraordinário, o estabelecimento da tese poderá demorar 2 anos, com base nas médias de tempo supracitadas e desconsiderando a possibilidade de prorrogação do prazo para julgamento do IRDR (art. 980, p. único, CPC).

Apesar de, à primeira vista, parecer problemático o fato de a segurança jurídica

---

<sup>328</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. Departamento de Pesquisas Judiciárias. **Justiça em números 2016**: ano-base 2015. Brasília: CNJ, 2016, p. 353.

<sup>329</sup> FALCÃO, Joaquim, HARTMANN, Ivar A., CHAVES, Vitor Pinto. **III Relatório Supremo em Números**: o Supremo e o tempo. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2014, p. 80.

propiciada pelo IRDR restringir-se ao âmbito local, deve-se ter em mente que qualquer decisão da Justiça Estadual ou Federal está sujeita à divergência em relação ao posicionamento de outros Estados ou Regiões. Assim, a necessidade de se interpor recurso especial ou extraordinário não deve ser interpretada como uma desvantagem específica do IRDR, mas, sim, como uma característica imanente ao próprio sistema jurídico brasileiro, que irá exigir a manifestação do STJ ou STF em alguns casos (não, necessariamente, em todos), em conformidade com a competência constitucional de uniformização dessas cortes.

Além disso, uma vez estabelecida a tese, ela irá ser aplicada em todos os casos, pendentes e futuros, que versem sobre a mesma questão de direito, acarretando maior celeridade ao trâmite processual. Essa maior agilidade decorre da imediatividade da resposta dada pelo sistema jurídico, promovida através da improcedência liminar dos pedidos que contrariarem determinada tese firmada, bem como por meio da concessão liminar de tutela provisória fundamentada em evidência, caso haja tese firmada a favor da pretensão do autor<sup>330</sup>.

Outro aspecto diz respeito ao fato de que a institucionalização do IRDR, por si só, reforça os ideais basilares do novo CPC referentes à duração razoável do processo, além de prestigiar as soluções dadas pela segunda instância. Isso serve de orientação teleológica, apresentando-se como mais um critério de seleção utilizado nas decisões do sistema.

O maior desafio do IRDR refere-se à questão de representatividade das teses firmadas incidentalmente em determinados processos, que terão o poder de atingir o interesse de terceiros. Esse assunto é enfrentado por Marinoni e será aqui tratado, sendo necessário, para tanto, distinguir o conceito de precedente e o da tese firmada em IRDR.

Precedente jurídico tem por objetivo orientar a sociedade ao estabelecer o sentido do Direito, servindo de parâmetro para deliberações futuras. Com isso, tem-se que outros casos, mesmo possuindo aspectos diferentes, podem ser resolvidos com base em determinado precedente, o qual estabelece a razão de decidir<sup>331</sup>.

Já a tese firmada em IRDR visa, tão somente, a resolver uma questão prejudicial a diversos processos, por meio da fixação de um entendimento a ser replicado sempre que aparecerem questões idênticas de direito<sup>332</sup>.

Como se observa, o fundamento jurídico desses institutos é bem diferente, acarretando

---

<sup>330</sup> DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, L. Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil: Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos Tribunais**. 13<sup>a</sup>. ed. reform. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 614.

<sup>331</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Incidente de resolução de demandas repetitivas** [livro digital]: decisão de questão idêntica x precedente. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, capítulo I, seção 8.

<sup>332</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, 2016, capítulo I, seção 8.

consequências práticas que os tornam inconfundíveis. Em primeiro lugar, como a decisão em IRDR será sempre utilizada em todos os casos que versem sobre a mesma questão de direito, a distinção possível de ser feita pela parte interessada restringe-se a demonstrar que o direito discutido no seu caso concreto é diferente daquele sobre o qual recai a tese firmada. Observe que isso é distinto do que ocorre com o precedente, em que a parte possui amplo espaço fático e argumentativo para demonstrar que determinado precedente não se aplica ou se enquadra parcialmente ao seu caso concreto, bem como para buscar ampliar a sua aplicação, a fim de que ele passe a abranger a sua demanda.

Outra diferença refere-se à possibilidade de modificação da tese em IRDR, que exige um procedimento próprio, instaurado, exclusivamente, pelo Tribunal, de ofício, ou a requerimento Ministério Público ou da Defensoria Pública (art. 986, CPC). Já para a mudança de um precedente, não se exige um formalismo específico, podendo ocorrer durante a discussão de qualquer processo, independentemente de quem sejam as partes.

Marinoni evidencia o problema existente no IRDR, que trata a tese firmada como um precedente, apesar da diferença da essência desses institutos. Observa-se a gravidade da questão envolvida: uma tese firmada em IRDR terá o poder de influir em todos os processos pendentes e futuros, independentemente de as partes afetadas terem tido oportunidade de discutir a questão. Sob essa ótica, o IRDR seria inconstitucional, já que vai contra ao direito fundamental de ação:

O incidente de resolução de demandas, nos termos em que está posto pelo Código de Processo Civil, constitui uma técnica que nega o direito fundamental de ação, ou seja, o direito a um dia perante a Corte, dando origem a uma espécie de ‘justiça dos cidadãos sem rosto e fala’, para a qual pouco importa saber se há participação ou, ao menos, ‘representação adequada’<sup>333</sup>.

Na segunda seção deste trabalho, ao se delinear um ideal de justiça a ser adotado, enfatizou-se a necessidade do diálogo democrático entre as instituições estatais e a comunidade, que pressupõe a existência e o respeito à fala do outro. Com isso, quer-se dizer que não há como se estabelecer uma solução justa, em abstrato, e legítima para todos os casos, sem, ao menos, possibilitar com que o cidadão que será afetado exponha seus argumentos e possa influir na tese firmada no IRDR.

Assim, entende-se que a forma como o IRDR foi previsto pode comprometer a justiça das decisões, especificamente, com o risco de prejuízo à feição democrática do sistema jurídico, que se baseia na igualdade de oportunidade para discussão perante os tribunais.

---

<sup>333</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, 2016, capítulo I, seção 12.

Contudo, não se pode perder de vista o atual cenário instaurado no Judiciário brasileiro, em que o excessivo tempo de resposta tem causado distorções injustas na prestação judicial, favorecendo, por exemplo, as partes com maior poder econômico que consigam se manter imunes a um processo que passe anos tramitando. Diante desse quadro, seria uma postura inconsequente simplesmente criticar o IRDR sem, ao menos, realizar um esforço hermenêutico, a fim de adequar esse instituto às diretivas constitucionais, favorecendo, com isso, a consistência sistêmica das decisões.

Entende-se que é esse, também, o posicionamento de Marinoni, pelo fato de ele apresentar uma proposta sensata e responsável com o atual contexto brasileiro com vistas a conformar o IRDR aos parâmetros constitucionais<sup>334</sup>. A solução sugerida por esse autor para o problema da representatividade tem por base a Lei da Ação Civil Pública – LACP (Lei 7.347 de 1985) e o Código de Defesa do Consumidor – CDC (Lei 8.078 de 1990), que legitimam e incentivam a ampla participação em ações coletivas de entidades e associações na defesa dos interesses individuais homogêneos (art. 5º, LACP; art. 82, CDC).

O envolvimento desses legitimados visa a suprir a não participação de todos aqueles que serão afetados pela tese firma em IRDR<sup>335</sup>. Contudo, essa participação deve ser ainda maior no IRDR do que aquela existente na ação coletiva consumerista, pois a tese nele firmada tem o poder de piorar a situação de terceiros estranhos à ação que deu origem à tese; por outro lado, uma decisão desfavorável em ação coletiva não impede a propositura de uma demanda individual tratando do mesmo tema (art. 103, § 2º, CDC).

Por isso, a representação no IRDR deve possibilitar amplo controle de sua adequação e suficiência, que será realizado pelo respectivo Tribunal, pelos legitimados e pelos terceiros passíveis de serem afetados pela decisão, que devem ter a possibilidade de impugnar os seus possíveis representantes no IRDR<sup>336</sup>.

Finalmente, destacam-se as regras relacionadas ao IRDR que, devidamente interpretadas e aplicadas pelos tribunais, serão capazes de dar consistência sistêmica às decisões tomadas pelo sistema jurídico, ajustando-as aos parâmetros constitucionais.

Especificamente, entende-se que o problema de representatividade pode ser contornado por meio da ampla e específica divulgação e publicidade do julgamento em IRDR, a fim de propiciar a participação de todos envolvidos, incluindo-se a pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada que possua representatividade adequada e possa contribuir com a

---

<sup>334</sup> cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, 2016.

<sup>335</sup> cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, 2016, capítulo I, seção 16.

<sup>336</sup> cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, 2016, capítulo I, seção 16.

discussão (art. 979 c/c 138, CPC).

Além da ampla divulgação, o Tribunal competente deve propiciar a efetiva participação de todos envolvidos, por meio dos instrumentos processuais existentes, especialmente, através da realização de audiências públicas e de diligências solicitadas (art. 983, CPC).

Destaca-se que, independentemente do assunto, a controvérsia tratada no IRDR sempre terá repercussão social, uma vez que a tese firmada afetará os litigantes presentes e futuros. Assim, o juiz ou relator deve, de ofício ou a requerimento, solicitar ou admitir a presença de *amicus curiae* (art. 138, CPC).

O espaço de participação deve, inclusive, abranger o momento de julgamento do IRDR, fornecendo-se o tempo adequado para sustentação oral dos envolvidos (art. 984, CPC).

Destaca-se, também, que o respectivo Tribunal deve promover o controle da representatividade do IRDR em todo o seu trâmite, o qual deve ser realizado por todos envolvidos, inclusive, por terceiros com a possibilidade de serem afetados no futuro.

Por fim, a tese firmada em IRDR deve considerar todos os fundamentos, favoráveis ou contras, trazidos ao longo do procedimento (art. 984, §2º c/c art. 489, §1º, CPC).

## **5. CONCLUSÃO**

Neste trabalho, viu-se que uma possível abordagem para a questão da justiça é considerá-la como um especial tipo de operação, consistente na prática reiterada de atos entre homens com rosto e fala, tendo por base a existência de um sistema jurídico. Partindo desse ideal, foi possível relacionar a justiça com a consistência das decisões, que depende da correta adequação da complexidade do sistema jurídico com a do ambiente.

Outro ponto observado é que a justiça e a duração processual são assuntos que se aproximam pelo fato de que uma decisão consistente, para ser justa, tem de ser tempestiva. Assim, ao tratar do tema justiça das decisões, deve-se ter em mente que em seu bojo está inserida a questão da duração razoável do processo.

A partir da discussão desenvolvida e da visão de diferentes autores, chegou-se ao ideal de justiça adotado neste trabalho que diz respeito à consistência sistêmica das decisões tomadas pelo sistema jurídico, que deve sempre proceder de forma objetiva, democrática e tempestiva, tendo por base parâmetros de igualdade e ética.

Por meio da teoria de Luhmann, a discussão do que se pode esperar do IRDR assume outros contornos, passando a exigir uma análise que considere as consequências desse instituto sobre o exterior do sistema jurídico (ambiente), além de vislumbrar a sua repercussão no interior do próprio sistema.

Nesse contexto, toda investigação que se proponha a entender o IRDR ou qualquer outro mecanismo voltado à redução do tempo processual deve considerar que a atual complexidade assumida pelo sistema jurídico brasileiro torna improvável a apresentação de um instituto que seja uma panaceia e resolva o problema estrutural sistêmico.

Com isso, o estudo do IRDR passa a assumir relevância apenas se o considerarmos como parte de uma política mais ampla de reestruturação do Judiciário, dentro da qual se insere a proposta do novo CPC. Por essa perspectiva, esse instituto integra-se aos demais critérios de seleção do sistema jurídico, sendo, por isso, profícua a investigação das características e desafios envolvendo esse novo instituto.

Na análise aqui realizada sobre os principais aspectos do IRDR, viu-se que ele favorece a segurança jurídica em âmbito estadual e regional, já que a aplicação da tese firmada nos demais processos é assegurada por meio de reclamação ao respectivo Tribunal.

Além disso, tendo fixada a tese, sua aplicação dará maior celeridade ao trâmite processual em decorrência da imediatividade da resposta dada pelo sistema jurídico, além de prestigiar as soluções dadas pelos tribunais de segunda instância.

O principal desafio relacionado ao IRDR diz respeito à questão da representatividade, uma vez que a tese firmada no incidente é capaz de influir em todos os processos pendentes e futuros, podendo acarretar lesão ao direito constitucional à ação.

Por isso, realizou-se um esforço interpretativo com base no trabalho de Marinoni para compatibilizar o IRDR às normas constitucionais. Nessa ocasião, concluiu-se que as regras relacionadas ao IRDR, se devidamente interpretadas e aplicadas pelos tribunais, serão capazes de dar consistência sistêmica às decisões tomadas pelo sistema jurídico. Para tanto, deve-se possibilitar ampla participação e controle do procedimento.

Destaca-se que, apesar de o atual cenário do Judiciário poder justificar as medidas tomadas, não se podem perder de vista os riscos relacionados aos possíveis desvios, disfunções e externalidades ao se forçar determinadas orientações de seleção, como a aplicação desmensurada do IRDR sem se ater às questões de representatividade.

Este trabalho deve servir de estímulo à análise sistêmica e à proposta de novas alternativas, pois, por meio da composição de diferentes soluções aplicadas em pontos críticos do sistema jurídico, estrategicamente identificados em estudos empíricos, entende-se ser possível produzir perturbações que disparem um processo de reestruturação capaz de fazer com que totalidade desse sistema passe a operar de forma otimizada e consistente.

Em sociedades complexas como a que vivemos, que exigem do Judiciário respostas céleres e consistentes sobre uma ampla e crescente quantidade de assuntos – veja, por

exemplo, o universo de novas possibilidades criado pelos avanços da *internet*, como o *cybercrime*, comércio eletrônico, filmes via *streaming*, entre outros –, o sistema jurídico não pode dar conta de todas as questões sem conformação de sua complexidade interna por meio de novas abordagens, como a do IRDR.

O presente estudo insere-se em um projeto mais amplo, relacionado à investigação empírica do IRDR e do fenômeno da litigiosidade no Distrito Federal. Assim, em trabalhos futuros, analisar-se-á o perfil dos litigantes dessa unidade federativa.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARENDDT, Hannah. **As Origens do Totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco *in*. **Os Pensadores**. São Paulo: Victor Civita, 1984.

BARROSO, Luis Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro** [livro digital]. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARVALHO NETTO, Menelick. A contribuição do direito administrativo enfocada da ótica do administrado: para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das Leis no Brasil. **Fórum Administrativo**, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 11-20, 2001.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. Departamento de Pesquisas Judiciárias. **Justiça em números 2016**: ano-base 2015. Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br>. Acesso em: 8 jan. 2017.

CONSTANT, Benjamin (1819). Da liberdade dos antigos comparada com a dos modernos. **Revista Filosofia Política**, no. 2., p. 9-75, 1985.

CORSI, Giancarlo, ESPOSITO, Elena e BARALDI, Claudio. **Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann**. Tradução de Miguel Romero Pérez e Carlos Villalobos. México: Universidad Iberoamericana, 1996.

DERRIDA, Jacques. **Força de Lei**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DIAS MACIEL, Otávio Souza e Rocha. **Elementos ontognoseológicos para uma teorização do direito**: um roteiro de pesquisas. 2013. 114f. Monografia (Graduação em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília/DF.

DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**: Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos Tribunais. 13ª. ed. reform. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. 719 p.

FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución: de la antigüedad a nuestros días**. Trad. Manuel Martinez Neira. Madrid: Trotta, 2001.

HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito**. Lisboa: Gulbenkian, 1994.

HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica européia**: síntese de um milênio. Coimbra: Almedina, 2012.



FALCÃO, J., HARTMANN, I. A., CHAVES, V. P. **III Relatório Supremo em Números: o Supremo e o tempo**. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da FGV, 2014. 151 p.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

\_\_\_\_\_. **O Problema da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas**: aulas publicadas por Javier Torres Nafarrate. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2009.

\_\_\_\_\_. **O Direito da Sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

MARINONI, L. Guilherme. **Incidente de resolução de demandas repetitivas** [livro digital]: decisão de questão indêntica x precedente. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas do Novo Código De Processo Civil. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, v. 243, p. 283-331, 2015.

NEVES, Marcelo. *Justicia y diferecncia em uma sociedad global compleja*. In: **Revista DOXA** n. 24, ano 2001.

\_\_\_\_\_. A Teoria dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann: depoimento [2ª semestre, 2004]. São Paulo: **Revista Plural - Revista de ciências sociais da Universidade de São Paulo**. Entrevista concedida a Rômulo Figueira Neves.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo, SP: WMF Martins Fontes, 2013. 270 p.

RODRIGUES, B. J. V. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, v. VIII, p. 93-108. Rio de Janeiro, 2011. Disponível em: [www.e-publicacoes.uerj.br/](http://www.e-publicacoes.uerj.br/). Acesso em: 8 jul. 2017.

ROSSONI, Igor Bimkowski. O “Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas” e a Introdução do Group Litigation no Direito Brasileiro: Avanço ou Retrocesso? **Revista Páginas de Direito**, Porto Alegre, ano 10, nº 1065, 07 de dez. de 2010. Disponível em: <https://goo.gl/zx8mVf>. Acesso em: 15 jul. 2017.

SANTOS NETO, Arnaldo Bastos. **A questão da Justiça de Kelsen a Luhmann**: do abandono à recuperação. 2010. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo/RS.

A Advocatta, empresa júnior da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, foi criada por estudantes do curso a fim de promover o aprendizado empreendedor na UnB, desafiando o tradicionalismo jurídico. Assim sendo, propõe-se a desenvolver em seus membros capacidades no que tange aos aprendizados específicos para a formação acadêmico-profissional de estudantes de direito, à gestão empresarial e às habilidades acessórias, como liderança, dinâmica de mercado, marketing e estratégia, por meio de uma atuação direta e real em sua futura área de trabalho.

**O EMPREENDEDORISMO JÚNIOR COMO FERRAMENTA DE CAPACITAÇÃO  
PROFISSIONAL E IMPACTO NA COLETIVIDADE: UMA ANÁLISE DA  
EXPERIÊNCIA DA ADVOCATTA**

**JUNIOR ENTREPRENEURSHIP AS A PROFESSIONAL TRAINING TOOL AND  
IMPACT ON COLLECTIVITY: AN ANALYSIS OF ADVOCATTA'S CASE**

**Elis Bandeira Alencar Brayner<sup>337</sup>**

**Gabriel de Araújo Oliveira<sup>338</sup>**

**Gabriela Ozanam Araujo da Silveira<sup>339</sup>**

**Gabriela Romeiro Tito de Moraes<sup>340</sup>**

**Luana Graziela Alves Fernandes<sup>341</sup>**

**Matheus de Souza Depieri<sup>342</sup>**

**RESUMO**

Face a um mercado cada vez mais competitivo, as Empresas Júniores destacam-se dia após dia como uma das iniciativas universitárias mais completas, em que se busca a ampla formação profissional aliada à transformação social. Hoje, o Movimento Empresa Júnior brasileiro (MEJ), representado pela Confederação Brasileira de Empresas Júniores (Brasil Júnior), assume proporções significativas, contando com 25 federações e mais de 570 empresas júniores. Diante disso, a partir da experiência empreendedora, vivenciada por estudantes universitários por meio do MEJ, objetivou-se analisar e compreender como estão

---

<sup>337</sup> Estudante de Direito da Universidade de Brasília. Membro da Empresa Júnior de Direito.

<sup>338</sup> Estudante de Direito da Universidade de Brasília. Membro da Empresa Júnior de Direito.

<sup>339</sup> Estudante de Direito da Universidade de Brasília. Membro da Empresa Júnior de Direito.

<sup>340</sup> Estudante de Direito da Universidade de Brasília. Membro da Empresa Júnior de Direito.

<sup>341</sup> Estudante de Direito da Universidade de Brasília. Membro da Empresa Júnior de Direito.

<sup>342</sup> Estudante de Direito da Universidade de Brasília. Membro da Empresa Júnior de Direito.

estruturadas essas Empresas, como funcionam e quais são os impactos que trazem para a sociedade e para os agentes envolvidos, tendo como enfoque a realidade da Advocatta – Empresa Júnior de Direito da Universidade de Brasília.

**PALAVRAS-CHAVE:** Empresa Júnior. Inovação. Empreendedorismo.

#### **ABSTRACT**

In front of an increasingly competitive market, Junior Enterprises stand out day after day as one of the most complete academic initiatives, which seeks broad vocational training combined with social transformation. Today, the Brazilian Junior Enterprise Movement (MEJ), represented by the Brazilian Confederation of Junior Enterprises (Brasil Júnior), assumes significant proportions, with 25 federations and more than 570 Junior Enterprises. Before that, from the entrepreneurial experience, lived by college students through MEJ, we aimed to analyze and understand how these Enterprises are structured, how they work, as well as which are their impacts on the society and on the agents involved with them, focusing on the reality of Advocatta - Legal Junior Enterprise of the University of Brasilia.

**KEYWORDS:** Junior Enterprise. Innovation. Entrepreneurship.

## **1. INTRODUÇÃO**

O presente artigo visa à reflexão das intenções e dos resultados, tanto do Movimento Empresa Júnior - MEJ, a nível nacional, quanto da Advocatta, a nível local, a partir da análise particular de sua atuação perante a Universidade de Brasília e da execução de seus projetos, revelando não somente sua contribuição ao desenvolvimento de uma série de competências indispensáveis ao discente, mas também sua repercussão social frente à relevância de suas atividades para o mercado.

É a partir de uma breve análise dos preceitos e das práticas do MEJ e da Advocatta que procurar-se-á demonstrar como as empresas juniores são capazes de, pela inovação, impactar sua realidade de modo a propiciar, pelo diálogo imediato entre os estudantes e as dinâmicas requeridas por sua prática profissional, a assimilação da vivência empreendedora como forma de atualização do ensino e, assim, contribuir para a exploração do conhecimento universitário e para o fomento da atividade empreendedora, pela oferta de produtos e de serviços.

O foco deste trabalho serve, portanto, à investigação de como as empresas juniores são relevantes à resolução de adversidades enfrentadas por uma importante parcela do mercado, particularmente aos micro e pequenos empreendedores, oportunizando aos empresários juniores, por outro lado, a qualificação de seus conhecimentos, ao adaptá-los às necessidades dos clientes.

Para isso, o artigo será subdividido de acordo com a pertinência da exploração do assunto, ou seja, focar-se-á, primeiramente, no desenvolvimento da relevância do MEJ para o mercado, para os alunos, para as universidades e para o estímulo de soluções de problemáticas pela inovação, a fim de, a seguir, examinar, neste contexto, a influência do trabalho da Advocatta. Por fim, serão utilizadas, como fontes, os guias da Brasil Júnior, artigos e teses que versam sobre o assunto, assim como as legislações atinentes.

## **2. O QUE É MOVIMENTO EMPRESA JÚNIOR?**

O Movimento Empresa Júnior, conhecido comumente pela sigla MEJ, tem como propósito o fomento da atividade empreendedora entre pessoas comprometidas com o sonho da transformação do Brasil. É capaz de possibilitar aos universitários a vivência empresarial, a partir da execução de projetos, essenciais, por sua vez, à qualificação dos estudantes, permitindo-os aperfeiçoar diferentes habilidades, tidas como essenciais à futura atuação profissional no mercado de trabalho.

Passando a integrar uma empresa júnior, os estudantes têm contato com sua atividade laboral na prática, além-sala de aula, ao executarem uma série de consultorias à associações ou à micro e pequenas empresas. Coordenada exclusivamente por alunos da graduação, a empresa júnior diferencia-se da experiência possibilitada por um estágio, na medida em que devem ser administrados projetos reais a clientes reais, como “um negócio na vida real”.

Esse desenvolvimento se dá por meio da atuação de competências gerenciais, técnicas e empreendedoras, além do desempenho de funções de comunicação, de liderança e de trabalho em equipe. O processo inicia-se pela capacitação, ou seja, pela otimização de técnicas, viabilizando-se, posteriormente, o contato direto com o mercado e com os processos de condução do empreendimento.

De acordo com o Conceito Nacional de Empresas Juniores (CNEJ), “as empresas juniores devem ser formadas por estudantes matriculados em cursos de graduação em instituições de ensino superior” (BRASIL JÚNIOR, 2008), voltadas à execução de projetos e de serviços de qualidade, aptos a impactar seu redor. A Brasil Júnior – Confederação Brasileira de Empresas Juniores – é a entidade que representa o movimento em âmbito nacional, estando responsável pelo acompanhamento da evolução das atividades das empresas juniores, assim como pelos encontros da rede, oportunizando, aliás, a integração e o *networking*.

Dada sua natureza de associação civil sem fins lucrativos, sem qualquer financiamento externo, comercializa seus produtos ou seus serviços abaixo do preço de mercado, reinvestindo seus recursos na manutenção da empresa e na capacitação de seus membros. A empresa júnior tem como destinação, portanto, a oferta de soluções de qualidade a seus clientes a preços acessíveis, viabilizando, por outro lado, a continuidade da atuação de uma série de outros negócios.

## **2.1. Breve Histórico**

A primeira empresa júnior surge em 1967, na França, na Escola Superior de Ciências Econômicas e Comerciais, da necessidade dos alunos em conhecer as metodologias de seu curso além da teoria, utilizando-as já no mercado de trabalho, ainda que durante o período da graduação. É a partir da ampliação dos conhecimentos acadêmicos a clientes e ao mercado que é fundada esta ideia, expandida, por sua vez, a diversas universidades pelo mundo.

Em 1988, no Brasil, é fundada, em São Paulo, a primeira empresa júnior: orientada por João Carlos Chaves, Diretor da Câmara de Comércio Franco-Brasileira, alunos de

Administração da Fundação Getúlio Vargas instituem a EJFGV<sup>343</sup>. Ao final de 2017, já foram estimadas, pelo portal da Brasil Júnior, 25 federações confederadas, 603 empresas juniores federadas, 2668 MEJs atendidas, 11 mil projetos e 21 milhões de faturamento<sup>344</sup>.

Inclusive, o Brasil é apontado, dentro do movimento global, como o possuidor do maior número de empresas juniores dentro de um mesmo país, ultrapassando em dobro o número de empresas juniores da Europa<sup>345</sup>. O movimento no Brasil alcançou resultados tão expressivos que foi responsável por auxiliar na criação da própria confederação de empresas juniores americanas, a Junior Enterprise USA<sup>346</sup>.

## 2.2 Diretrizes do MEJ

Diante da expansão das empresas juniores Brasil adentro, viu-se ser necessária a criação de “um elo oficial que tornasse o movimento coeso, para que a sua essência não se perdesse” (BRASIL JÚNIOR, 2015). É elaborado, desta forma, o Planejamento Estratégico em Rede do Movimento Empresa Júnior, de modo a alinhar e a orientar os rumos do grupo.

Outrossim, o MEJ tem como missão “formar, por meio da vivência empresarial, empreendedores comprometidos e capazes de transformar o Brasil” (BRASIL JÚNIOR, 2015), seja por meio do fortalecimento da formação empreendedora, seja por meio do engajamento de seus membros, a partir do compromisso com resultados – geração de valor e superação de expectativas –, com a transparência – relevância da ética e do compromisso –, e com a postura empreendedora – dentre seus preceitos, o inconformismo e o pensamento inovador.

## 2.3 Lei das Empresas Juniores

A Lei 13.267 de 2016 estabeleceu orientações gerais relacionadas ao funcionamento das empresas juniores, cabendo a cada instituição de ensino – pública ou particular - legislar em seu próprio âmbito interno, consoante o princípio constitucional da autonomia universitária. A Universidade de Brasília, a título exemplificativo, deve aprovar uma resolução particular específica, responsável por disciplinar acerca da constituição e do andamento das empresas juniores a ela referentes.

Ainda, pressupõe que cada empresa júnior aprove um plano acadêmico de ensino, junto

---

<sup>343</sup> Para mais informações, acessar <<http://ejfgv.com/>>.

<sup>344</sup> Para mais informações, acessar <<https://www.brasiljunior.org.br/>>.

<sup>345</sup> Para mais informações, acessar <<http://www.jadenet.org/>>.

<sup>346</sup> A Advocata esteve representada neste momento por seu antigo Presidente Operacional, Eduardo Sánchez, à época *Vice President of Network Development* da Junior Enterprise USA.

ao órgão colegiado da instituição (no caso do direito, junto à Faculdade de Direito). A resolução interna, neste sentido, é responsável por auxiliar na elaboração e na aprovação do plano acadêmico. No caso do Distrito Federal, a Concentro (Federação das Empresas Juniores do Distrito Federal) coordena esta autorização perante o CDT (Centro de Desenvolvimento Tecnológico) da UnB.

### **3. CAUSANDO IMPACTO E GERANDO INOVAÇÃO: DO CRESCIMENTO PESSOAL E PROFISSIONAL AO EMPREENDEDORISMO SOCIAL E À CONSTRUÇÃO DE NOVAS IDEIAS**

A experiência na educação superior é um sem número de oportunidades e vivências. O tripé universitário – consubstanciado na indissociabilidade entre o ensino, a pesquisa e a extensão<sup>347</sup> – opera com integridade quando põe à disposição do corpo discente uma pluralidade de estruturas pedagógicas intra – metodologias de ensino-aprendizagem diversas – e extraclasse – projetos de pesquisa e extensão, eventos acadêmicos, empresas juniores, programas subsidiados de intercâmbio e de línguas, etc.

Como resultado, lançando mão, por exemplo, de experimentações multidisciplinares que aproximam o aprendizado teórico da prática, exploram o trabalho em equipe e/ou deslocam seus participantes para o contato direto com as comunidades locais, os estudantes iniciam e aperfeiçoam sua formação com base em competências (ALFA TUNING, 2007), o que os qualifica com senso crítico e capacidade para promover inovações em suas áreas de estudo e atuação profissional e nas searas de conhecimento adjacentes.

No que tange ao Movimento Empresa Júnior, cujos esforços partem da enorme dificuldade de enquadramento simétrico e suficiente em qualquer dos pilares dessa arquitetura tríplex, verifica-se o denominador comum ora suscitado: a chance de fugir à lógica de aprendizado consagrada, mas em constante questionamento e superação (FELIX, 2008), que se centraliza em aulas expositivas, nas quais os estudantes assumem feição passiva, com tendências à mera reprodução do conteúdo previamente veiculado pelos professores.

A opção pela empresa júnior como atividade extracurricular, ora em concomitância com atividades de estágio remunerado e/ou com outros projetos acadêmicos, ora em detrimento destes – a depender da realidade de cada curso de graduação e de cada estudante em si mesmo considerado –, justifica-se por suas particularidades. O empresário júnior imerge em uma realidade na qual pode capacitar-se, a igual tempo e de maneira única, em atividades de

---

<sup>347</sup> Art. 207. As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988).

gestão, em estratégias de venda e de marketing e, por óbvio, na execução de projetos-fim que representam a possibilidade de aliar a teoria – oriunda dos estudos e das aulas – e as habilidades em pesquisa, de modo a dar forma a um produto final que será entregue a clientes reais para suprir suas demandas.

Nesse complexo processo, destaca-se, de maneira diferenciadora, a enorme autonomia com que agem estes estudantes, que constroem por si próprios o planejamento estratégico da empresa, elaboram as campanhas de marketing, empreendem estudos de mercado, definem e superam metas, executam e revisam projetos, entram diretamente em contato com o cliente na fase de negociação, de execução e de entrega, na renovação dos contratos, etc.

Em uma estrutura horizontal de gestão interna, como é a da empresa júnior, não há superiores a quem prestar obediência e contas, mas o fluir das atividades da empresa se dá pela compreensão de que o bom funcionamento do sistema depende do correto posicionamento de cada órgão e, principalmente, da vontade de cada membro de aproveitar as oportunidades em prol do crescimento pessoal e profissional.

Com isso, considerados, ainda, os cargos na diretoria executiva – que servem como guias para a caminhada anual –, as experiências com grupos de trabalho e o gerenciamento de equipes e de núcleos de estudo, os empresários podem, a todo tempo, lançar-se em direção a experiências de liderança.

Essa sistemática de preparação, execução e entrega, embasada na autonomia, na liderança e no senso de pertencimento, outorga ao empresário júnior responsabilidade, maturidade, visão estratégica, aprendizado prático e a possibilidade de adquirir e/ou aperfeiçoar inúmeras habilidades, como a oratória e a negociação, a resolução de casos concretos e a propositura de soluções emergenciais para problemas inéditos, concretizando o já mencionado plano de formação com base em competências. Em função disso, o estudante, quando ingressa no mercado de trabalho, já o faz com familiaridade, mas também com capacidade decisória, com criatividade e com postura inovadora e empreendedora (SILVA; ANDRADE, 2015; LEMOS, 2017).

Outrossim, os impactos da experiência no Movimento Empresa Júnior ultrapassam a esfera individual e chegam com igual notoriedade à esfera coletiva. Os segmentos de mercado atingidos pelas empresas juniores podem ser diversos; não obstante, de acordo com o relatório Censo & Identidade produzido em 2016 pela Brasil Júnior, neste ano, 41,6% dos projetos da rede foram realizados para micro e pequenas empresas. Ademais, recebe especial destaque o profícuo contato do MEJ com organizações do terceiro setor, o que exemplifica o que a literatura tem chamado empreendedorismo social. Nesse sentido, há de se falar em “uma nova



estratégia de formação profissional, e de intervenção e transformação social, onde ao mesmo tempo em que se qualifica profissionais mais habilidosos e experientes, também aprendem a gerar ações concretas de mudança na realidade social” (OLIVEIRA, 2005, p. 1).

Valendo-se da consultoria acadêmica, as empresas juniores buscam prestar serviços personalizados e tecnicamente qualificados que se destinam a solucionar problemas ou prevenir com acerto os impasses de quem as procura. Além disso, caracterizam-se esses serviços pelo seu grau de acessibilidade, consubstanciado no preço cobrado – significativamente mais baixo do valor médio do mercado sênior. Isso é possível, naturalmente, pela ausência do escopo lucrativo que caracteriza o Movimento Empresa Júnior.

O ecossistema no qual as empresas juniores estão essencialmente inseridas, o universitário, especialmente em se tratando de Universidades Públicas, faz essa nem tão sutil exigência de que a formação profissional seja ferramenta de impacto social, em escala regional e nacional – em última análise –, ampliando a cultura de retorno, anteriormente centralizada no eixo empresário-empresa-rede, para o eixo empresário e empresa/rede e comunidade.

Em sede de conclusão, cabe lançar um olhar sobre a interdependência que se instaura entre esses dois vieses. Comprometidos com seu crescimento profissional e pessoal, os estudantes que participam ou já participaram de empresas juniores têm a oportunidade de gerar fortes impactos no mercado em que suas empresas estão inseridas, contribuindo para com o desenvolvimento de suas áreas de conhecimento e promovendo inovações que agregam valor às outras empresas juniores e às vidas das inúmeras pessoas que dependem ou que optam por seus serviços. Além disso, como argumentado, operam em prol de outras organizações sem fins lucrativos, auxiliam pequenos e microempresários e ajudam a colorir as vivências da comunidade acadêmica. Promovendo transformação social com amparo na educação, o que antes era pressuposto aparece como resultado final: crescimento individual e coletivo.

### **3.1 O elemento júnior como sinônimo de inovação**

Conforme preceitua a Confederação Brasileira de Empresas Juniores (Brasil Júnior), no documento em que estabelece o Conceito Nacional de Empresa Júnior<sup>348</sup>, a empresa júnior é constituída com o intuito de realizar projetos e prestar serviços que contribuam para o

---

<sup>348</sup> O Conceito Nacional de Empresa Júnior elaborado pela Brasil Júnior foi, em grande parte, incorporado pela Lei nº 13.267/2016.

desenvolvimento do país, bem como para a capacitação e formação profissional dos seus associados. Nesse sentido, ao ter como objetivo a ser alcançado o desenvolvimento do Brasil, em aspectos macro e micro, com ênfase nos impactos e nos avanços locais, infere-se que há uma busca contínua e incessante pela primazia e, conseqüentemente, pelo sucesso da empresa júnior.

Sem dúvidas, neste contexto, faz-se fundamental a presença de componentes, tais quais a visão e o planejamento estratégicos, para que a execução de tais objetivos se dê em sua plenitude. Para tanto, costumeiramente, empreendedores utilizam-se de instrumentos para fins de aprimoramento, de maneira similar como se dá com os processos de inovação dentro do campo empreendedor.

A partir de um viés comparativo, é possível identificar e analisar os diferenciais que tornam as empresas juniores uma opção tão atrativa dentro de um mercado extremamente competitivo e dinâmico como o empresarial, à medida em que se constata um caso *sui generis*. Isso porque as EJs captam um dos fatores essenciais à existência e perpetuação da empresa, qual seja, o "espírito empreendedor" sem que, contudo, seja uma nos termos do Código Civil<sup>349</sup>. Nesse ponto, acerca do conceito legal de empresa, explica André Luiz Santa Cruz Ramos:

O Código Civil não definiu diretamente o que vem a ser empresa, mas estabeleceu o conceito de empresário em seu art. 966. Empresário é quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços. Ora, do conceito de empresário acima transcrito pode-se estabelecer, logicamente, que empresa é uma atividade econômica organizada com a finalidade de fazer circular ou produzir bens ou serviços. (RAMOS, 2013, p. 16).

Portanto, por não exercer, na sua totalidade, atividade de forma: i) profissional; ii) econômica; iii) organizada; e iv) para produção ou circulação de bens ou serviços, uma empresa júnior sob nenhuma circunstância poderia usufruir dos bônus inerentes à uma empresa sênior e, certamente, da mesma maneira, não poderia arcar com os ônus. Uma vez superada esta questão, uma outra intrigante surge. Então, por quais motivos e táticas empregadas as EJs encontram êxito em meio às consolidadas empresas seniores?

Dentre os aspectos inovadores que corroboram para os resultados positivos estão o modo de constituição, a estruturação, a composição dos agentes envolvidos, os característicos processos internos e externos e, igualmente, o público-alvo.

Quanto aos primeiros aspectos, sabe-se que em virtude da inexistência do fator lucro, a

---

<sup>349</sup> Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços. Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.

empresa júnior pode se guiar por caminhos específicos e com propósitos adaptáveis a cada realidade, visando a prestação de serviços de excelência e a formação profissional integral dos membros. Logo, vê-se a importância disso, pois a organização e o planejamento serão feitos, geralmente, almejando incorporar e desenvolver o que há de mais moderno, sustentável, prático e que possa impactar os destinatários e não, necessariamente, o que propiciará maior retorno financeiro.

Por outro lado, o fato dos associados serem exclusivamente universitários e os facilitadores<sup>350</sup> majoritariamente figuras acadêmicas implica diretamente na tendência da EJ estar aberta ao novo. Dado que o ambiente universitário permite uma intensa circulação de conhecimentos e saberes (alternadamente teóricos e práticos), em um ritmo totalmente diferente do mercado, que dialogam com a prática empreendedora, frequentemente, aperfeiçoando-a. Isso, ao passo que inspira confiança no público, visto que o conhecimento acadêmico-científico legítima e é legitimado perante a sociedade, gera controvérsias devido à suposta ausência de experiência profissional e de preparo dos universitários. Todavia, hoje, a controvérsia em torno desse assunto, apesar de não superada, está mais pacificada e os resultados começam a alterar a imagem preconcebida pelo público acerca do trabalho realizado pelas empresas juniores.

No que concerne aos processos internos e externos, estes representam parte significativa em meio aos anseios por constante atualização, porque são os responsáveis por projetar a Empresa Júnior no mercado. A autonomia conferida aos associados aliada a flexibilidade da empresa júnior para se desafiar e mudar são, dentre muitos, os propulsores rumo ao triunfo. Diversa à atuação engessada e acomodada do empresário médio, que ousa de forma comedida, o empresário júnior aproveita a oportunidade de estar em um polo de inovação, isto é, a universidade, para renovar-se constantemente.

Finalmente, tudo que foi falado anteriormente converge no público principal. Considerando que o trabalho realizado pelas empresas juniores é direcionado, preferencialmente, para as micro e pequenas empresas, o terceiro setor e as pessoas físicas, há por trás a consciência da necessidade de transformação social. Nessa perspectiva, objetiva-se, além de crescimento mútuo, agregar valor ao negócio do cliente oferecendo assessoria/assistência personalizada, de acordo com o seu perfil, a preços acessíveis.

---

<sup>350</sup> Entende-se por facilitador o indivíduo ou grupo que não participa efetivamente da empresa júnior, mas que viabiliza os meios para que institucionalmente ela funcione de acordo com o esperado, assim como fornece a devida capacitação aos associados. Nessa categoria estão presentes os colaboradores, os membros fundadores, os conselheiros e o professor orientador.

#### **4. ADVOCATTA: EMPRESA JÚNIOR DE DIREITO COMO ELEMENTO PROPULSOR DE MUDANÇAS NOS CURSOS JURÍDICOS**

Em todo o globo, tem-se disseminado forte discussão a respeito da ciência jurídica não ser capaz de suprir, de modo eficaz, os anseios da sociedade globalizada, frente às constantes modificações da atualidade e ao dinamismo social (MAROCCO, 2011).

Como reflexo direto da crise do próprio Direito, verifica-se, em paralelo, uma crise no ensino jurídico brasileiro, que não tem sido capaz de corresponder às exigências do mercado de trabalho, particularmente no que diz respeito à formação de “um profissional jurídico realmente preocupado com a função social que exerce, uma ideologia acelerada de inovação e renovação, com habilidades múltiplas, a fim de suprir as necessidades (ou imposições) desse universo moderno” (MAROCCO, 2011, p. 146).

Nesta seara, Bastos assevera que

o ensino das disciplinas jurídicas no Brasil está, basicamente, dominado por duas tendências: de um lado, o ensino excessivamente dogmático, desvinculado das outras dimensões do conhecimento que fazer referência ao homem e à sociedade e, do outro, o ensino abstrato do Direito, que está cada vez mais desvinculado da dinâmica realidade social. O ensino jurídico precisa absorver os novos parâmetros do conhecimento científico e incentivar a pesquisa jurídica como instrumento de percepção da realidade social e da experiência jurisprudencial dos tribunais. Neste contexto, os modelos retóricos de ensino e do desprezo pelas novas dimensões do conhecimento técnico e científico favorecem a alienação do saber jurídico e as preocupações didáticas determinadas pelo saber dogmático (1997, p. 345).

Em tempos de crise do tradicionalismo jurídico em face da complexidade e do dinamismo das relações sociais atualmente existentes, o empreendedorismo jurídico tem se estabelecido como propulsor de mudanças na esfera do Direito. No âmbito dos cursos de graduação jurídicos, tal empreendedorismo vem sendo especialmente aplicado por meio de empresas juniores, as quais geram uma fuga à lógica do aprendizado já consagrado, buscando novas oportunidades na formação acadêmico-profissional dos estudantes.

Na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, percebeu-se a oportunidade de criação de uma empresa júnior como forma de desafiar o tradicionalismo jurídico e complementar a formação dos discentes, seguindo o exemplo de outras faculdades de direito brasileiras as quais já haviam aderido ao Movimento Empresa Júnior, como as faculdades de direito da Universidade Federal da Bahia e da Universidade Federal do Goiás.

A Advocatta foi criada, portanto, por estudantes do curso de Direito com o fim de promover o aprendizado empreendedor na UnB e formar profissionais do Direito efetivamente preparados para o mercado de trabalho e para a complexidade das relações sociais. À vista disso, a empresa propõe-se a desenvolver em seus membros capacidades no que tange aos aprendizados específicos para a formação acadêmico-profissional de estudantes

de direito, à gestão empresarial e às habilidades acessórias, como liderança, dinâmica de mercado, marketing e estratégia, por meio de uma atuação direta e real em sua futura área de trabalho.

Para tanto, a estrutura funcional da empresa júnior desenvolve-se por meio de dois eixos principais: elaboração de projetos de cunho jurídico-acadêmico para seus clientes e exercício de gestão empresarial, possibilitando ao membro uma real imersão na realidade empresarial.

Diante disso, a Advocatta é organizada em sete diretorias, responsáveis pela administração da empresa, quais sejam: Presidência Institucional; Presidência Operacional; Diretoria de Administrativo-Financeiro; Diretoria de Comunicação e Marketing; Diretoria de Gestão de Pessoas; Diretoria de Negócios e Diretoria de Projetos. Os membros dividem-se entre Diretores Executivos, Gerentes e Assessores em cada uma dessas diretorias, exercendo as atividades típicas de gestão e, ao mesmo tempo, elaborando os projetos ofertados aos clientes.

Destacam-se, em sua estrutura interna, um envolvimento equânime dos membros e a socialização das informações pertinentes à empresa, como forma de gerar autonomia a cada um dos empresários juniores. Como um espaço promotor do aprendizado, imbuído de espírito empreendedor, a organização da empresa, ao fornecer autonomia aos membros para empreender seus próprios planos e ideias, gera um aprimoramento dos processos, tornando-os mais dinâmicos e proativos (MORETTO NETO, 2004).

Para garantir a capacitação jurídica dos associados e a qualidade dos serviços prestados, a empresa conta com o apoio de profissionais do mercado, principalmente docentes da UnB e advogados de renome no âmbito jurídico, que orientam e supervisionam as atividades desenvolvidas pelos membros, conforme institui a Lei das Empresas Juniores<sup>351</sup>.

Os projetos e serviços realizados pela Advocatta perpassam as mais diversas áreas do Direito, abrangendo tanto procedimentos ordinários, como serviços que requeiram aprofundamento prático-teórico, segundo as necessidades específicas de cada cliente. De forma geral, a empresa visa assegurar a segurança jurídica de seus clientes, por meio da elaboração de pareceres jurídico-acadêmicos, contratos personalizados, estatutos e contratos sociais; do registro de marcas e patentes frente ao INPI; do acompanhamento jurídico de processos licitatórios e do assessoramento em acordos extrajudiciais, e.g.

Isso porque os principais clientes da Advocatta são pequenas e médias empresas,

---

<sup>351</sup> Lei 13.267/2016, Art. 4º § 1º As atividades desenvolvidas pela empresa júnior deverão ser orientadas e supervisionadas por professores e profissionais especializados, e a empresa, desde que devidamente reconhecida nos termos do art. 9º, terá gestão autônoma em relação à direção da faculdade, ao centro acadêmico e a qualquer outra entidade acadêmica.

associações e, principalmente, empreendedores que desejam abrir um negócio e necessitam de auxílio para o registro e formalização de sua empresa. Tendo este fato em vista, a empresa júnior propõe-se a fornecer serviços por um preço acessível à comunidade, significativamente menores que os valores médios de empresas seniores, causando um impacto na realidade social subjacente e consubstanciando-se em uma expansão da cultura de retorno dentro de sua Universidade.

#### **4.1 Estudo de Caso: parecer trabalhista da AESEBRAE**

A reforma trabalhista, instrumentalizada pela Lei 13.467/2017, trouxe diversos impactos e mudanças nas relações empregatícias de todo o Brasil, alterando 106 dispositivos da legislação anterior. Nesse contexto de grande instabilidade jurídica, é notório que trabalhadores e associações permaneceram em um contexto de grandes incertezas, uma vez que o conhecimento técnico, a doutrina e a jurisprudência relativas à nova legislação ainda estavam em construção, e, conseqüentemente, classes inteiras de trabalhadores não estavam plenamente seguras da forma como o novo diploma legal de fato influenciaria as relações trabalhistas. Frente a essa situação, a AESEBRAE - Associação dos Servidores do Sebrae Nacional -, enquanto representante de mais de 500 funcionários da instituição, percebeu que o acordo coletivo que estava em negociação com o Sebrae poderia ser severamente influenciado pelas mudanças acarretadas pela referida reforma.

Destarte, ao buscarem consultoria jurídico-acadêmica, optaram por contratar a Advocatta, enquanto importante projeto da Faculdade de Direito da UnB, para sanar dúvidas e manter a segurança dos trabalhadores no Acordo Coletivo de Trabalho a ser firmado entre o SEBRAE, Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas, e o SINDCOM-DF, Sindicato dos Empregados no Comércio do Distrito Federal, no ano de 2018. Isto posto, a empresa júnior elaborou um parecer detalhado, objetivando esclarecer todos os pontos da referida reforma, pesquisando em todas as fontes disponíveis de jurisprudência, doutrina e outros acordos já formalizados que pudessem, de alguma forma, influenciar no ACT 18, garantindo o fiel cumprimento da nova legislação trabalhista e, principalmente, a salvaguarda das garantias legais dessa classe de trabalhadores.

A equipe para elaboração do parecer foi formada a partir do voluntariado de membros efetivos da empresa que possuíam afinidade ou interesse em Direito Trabalhista e, mais especificamente, na nova Lei que em tanto alterou essa área do Direito. Com três membros e um gerente de projetos, num período de apenas vinte dias úteis, foi elaborado um parecer de setenta e uma páginas, abrangendo pontos relevantes para a proteção de direitos dos

trabalhadores, em especial das novas disposições sobre a relação acordado x legislado, a discussão da ultratividade na norma coletiva, comissão de representação de empregados e aspectos da rescisão contratual.

Para realização do projeto, o tema foi dividido em dois grandes capítulos. Em um primeiro momento, foi realizada a análise das alterações legislativas que, embora não reverberassem diretamente no ACT a ser firmado, constituíam mudanças de considerável impacto nas relações trabalhistas. Em seguida, foram analisadas as disposições contidas nos artigos 611-A e 611-B da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), principais expoentes da ampliação de autonomia das negociações coletivas frente à legislação trabalhista e, conseqüentemente, principais referências que deveriam ser observadas na elaboração do ACT.

Assim, essa breve descrição de um case de sucesso da Advocatta objetivou, essencialmente, corroborar com a tese central do Movimento Empresa Júnior, de que é possível que estudantes de graduação promovam um impacto significativo na sociedade por meio da prática jurídica aplicada. Dessa forma, a execução de serviços jurídicos (consubstanciadas essencialmente em práticas consultivas e preventivas), sem finalidade lucrativa, aliada aos princípios do empreendedorismo, geram uma experiência única para os membros da Empresa Júnior, desenvolvendo habilidades e competências pouco trabalhadas no ensino tradicional do Direito.

## **5. CONCLUSÃO**

A Advocatta, enquanto empresa júnior de Direito, possui um viés inovador, desafiando o tradicionalismo jurídico. Por meio da execução de projetos reais aliada à capacitação em gerência empresarial, os alunos conseguem promover um impacto significativo na sociedade, provando que estudantes universitários são capazes de romper barreiras há muito consolidadas e oferecer soluções jurídico-acadêmicas de alta qualidade a pessoas que não lhes teriam acesso de outra maneira.

Diferente da maioria das empresas seniores, focadas principalmente na obtenção de lucro, a Advocatta busca ser espaço de aprendizagem ativa, transformadora e empreendedora. Ultrapassando as próprias expectativas, os membros da empresa podem valer-se de diversos dos seus talentos os quais podem, a princípio, parecer desconexos em relação ao Direito tradicionalmente aprendido em sala de aula. Organizar eventos, realizar campanhas de marketing, negociar com clientes reais e aprender técnicas de prospecção são apenas algumas das atividades que fogem ao cotidiano estabilizado de um estudante, desafiando-o a explorar todas as suas habilidades.

O impacto das empresas juniores não se volta só aos estudantes, mas também a seus clientes. A segurança jurídica, pilar essencial de toda e qualquer empresa, não é algo simples de ser alcançado, principalmente por pequenos e médios empresários, que sofrem com o inadimplemento e com os efeitos negativos de uma estruturação que não possui a devida base legal. Nesse sentido, a Advocatta atua, mediante sua consultoria jurídico-acadêmica, auxiliando indivíduos que, não obstante a vontade de empreender, não possuem os recursos necessários para contratar profissionais formados para auxiliá-los, oferecendo assessoria de cunho acadêmico abaixo do preço de mercado.

As tarefas executadas suscitam, portanto, esta onda de impacto, inovação e colaboração em um ambiente geralmente caracterizado pela competitividade. Ingressar em uma empresa júnior, mais do que apenas aplicar um conhecimento monótono, é transgredir as normas de um tradicionalismo jurídico e buscar soluções inusitadas para os problemas diários de uma empresa; é uma demonstração de todo o potencial que os universitários possuem de sair da trilha de carreiras geralmente escolhidas e se aventurar no empreendedorismo, criando valor para si e para a sociedade ao seu redor.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BASTOS, Aurélio Wander. **O Ensino Jurídico no Brasil e as suas personalidades históricas** - Uma recuperação de seu passado para reconhecer seu futuro. In: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Ensino Jurídico OAB, 170 anos de Cursos Jurídicos do Brasil. Brasília: 1997, p. 345.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 2014, 480 p.

BRASIL. Lei n. 13.267, de 6 de abril de 2016. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2015-2018/2016/lei/L13267.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2016/lei/L13267.htm)>. Acesso em: 20 maio. 2018

BRASIL JÚNIOR (2008). **Conceito Nacional de Empresa Júnior**. Disponível em: <<https://www.brasiljunior.org.br/uploads/cms/institucional/file/file/5/CNEJ.pdf>> Acesso em: 20 maio. 2018.

BRASIL JÚNIOR (2015). **DNA Júnior**. Disponível em: <[http://www.inscricao.codejr.com.br/doc/DNAJunior\\_LivroI\\_Conhecendo\\_o\\_MEJ.pdf](http://www.inscricao.codejr.com.br/doc/DNAJunior_LivroI_Conhecendo_o_MEJ.pdf)> Acesso em: 20 maio. 2018.

FELIX, Loussia Penha Musse. Competências no processo de formação do bacharel em Direito: perspectivas para integração das demandas relativas ao estudante e às carreiras jurídicas. In: Fundação Getúlio Vargas. **Boletim Educação Jurídica**. São Paulo: vol. 2, nº 2, abr. – jun./2008, pp. 1 – 9.



GIL, Jorge. **Empresa Júnior da UnB é destaque nacional**. Disponível em: <<https://noticias.unb.br/publicacoes/112-extensao-e-comunidade/1293-empresa-junior-da-unb-e-destaque-nacional/>>. Acesso em: 20 maio. 2018.

LEMOS, Paulo. Entrevista. Empresas Juniores dão nova face ao empreendedorismo. In: CARNAÚBA, Valquíria. **Entreteses**. Universidade Federal de São Paulo: n° 8, jul./2017. Disponível em: <<http://www.unifesp.br/reitoria/dcik2/entreteses/item/2846-empresas-juniores-dao-nova-face-ao-empreendedorismo>>. Acesso em: 20 maio. 2018.

MAROCCO, André de Almeida. **Ensino Jurídico no Brasil: desafios à formação do profissional do direito no século XXI**. 2011. 160 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2011.

MORETTO NETO, Luis Moretto et al. **Empresa Júnior: espaço de aprendizagem**. Brusque: 2004, p. 40.

O GLOBO. **Com 12 mil empresas juniores, Brasil é líder mundial no segmento**. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/economia/com-12-mil-empresas-juniores-brasil-lider-mundial-no-segmento-19869385/>>. Acesso: 20 maio. 2018.

OLIVEIRA, Edson Marques. **Empreendedorismo social e empresa júnior no brasil: o emergir de novas estratégias para formação profissional**. Paraná: 2005. Disponível em: <<http://www.ts.ucr.ac.cr/binarios/pela/pl-000523.pdf>>. Acesso em: 20 maio. 2018.

PROJETO ALFA TUNING AMÉRICA LATINA. **Reflexões e perspectivas do ensino superior na América Latina. Relatório Final**. Universidade de Deusto: 2007.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito Empresarial Esquematizado**. 3ª ed. São Paulo, Método, 2013.

SILVA, Juliana Gonçalves Rodrigues da; ANDRADE, Antonio Rodrigues de. **A empresa júnior e sua contribuição para a formação do administrador**. Associação Educacional Dom Bosco: Rio de Janeiro, 2015.

O Laboratório de Pesquisa em Políticas Públicas e Internet é um grupo de extensão da UnB focado em realização de pesquisas na área das Ciências Sociais e a Tecnologia, além de organizar eventos e participar em debates sobre temas tais como Privacidade de Dados, Blockchain e Fake News. Atualmente, o grupo atua como amicus curiae na ADPF 403, o "Caso WhatsApp".

## **O CONSENTIMENTO NA PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS: ANÁLISE DO PL 4060/2012 E SUA CONJUNTURA LEGISLATIVA**

### **THE CONSENT IN THE PROTECTION OF PERSONAL DATA: ANALYSIS OF PL 4060/2012 AND ITS LEGISLATIVE CONJUNCTURE**

**Alexandra Souto  
Maior<sup>352</sup>**

**Amanda Espiñeira<sup>353</sup>**

**Alicia Akamine<sup>354</sup>**

**Gabriel Araújo Souto<sup>355</sup>**

**Thiago Moraes<sup>356</sup>**

**Ana Cláudia Farranha<sup>357</sup>**

## **RESUMO**

A análise do panorama legislativo do Projeto de Lei nº 4060/2012 encontra-se imersa no avanço tecnológico e na necessidade da regulamentação do uso e da troca de dados pessoais que as relações do meio digital implicam. Neste artigo, aborda-se o estudo das múltiplas influências que impactam o PL 4060/12 e os diversos setores sociais que cobiçam por ter seu posicionamento normatizado. Desse modo, examinamos o trâmite legislativo junto às audiências públicas do PL e o embate paradigmático entre a necessidade de celeridade para a regulação do consentimento, suas características e o equilíbrio entre os polos políticos para atender aos anseios sociais.

---

<sup>352</sup> Advogada. Bacharel em Direito pela PUC-Campinas. Especialista em Direito Contratual pela PUC-SP. Pesquisadora do LAPIN/UnB.

<sup>353</sup> Mestranda em Direito pela UnB, bolsista CAPES. Advogada. Bacharel em Direito pela UFBA. Pesquisadora do LAPIN/UnB.

<sup>354</sup> Acadêmica de Direito da Universidade de Brasília. Pesquisadora do LAPIN/UnB.

<sup>355</sup> Acadêmico de Direito do IDP. Bolsista no ano de 2017 dos programas Youth@ForumBR e Youth@IGF do CGL.br. Intercambista do 38º Programa de Intercâmbio do Cade. Pesquisador do LAPIN/UnB.

<sup>356</sup> Assessor jurídico. Bacharel em Direito e Engenharia de Redes e Mestre em Ciência da Informação, pela UnB. Pesquisador do LAPIN/UnB.

<sup>357</sup> Professora Adjunta da Faculdade de Direito da Unb, Coordenadora do LAPIN/UnB

**PALAVRAS-CHAVE:** consentimento; dados pessoais; titularidade dos dados pessoais; legítimo interesse.

## **ABSTRACT**

The analysis of the legislative landscape of the Bill 4060/2012 is immersed in the technological advance and in the necessity of regulation of the relations that the digital medium implies. Thus, this study focuses on the multiple influences that impact PL 4060/12 and the various social sectors that covet to have their positioning standardized. In this way, it examines the legislative process in the public hearings of PL 4060/12 and the paradigmatic clash between the need for speed to regulate consent and its characteristics and the balance between political poles to address social desires.

**KEYWORDS:** consent; personal data; ownership of personal data; legitimate interest.

## **1. INTRODUÇÃO**

A necessidade normativa do consentimento dos dados pessoais se torna perceptível na conjuntura moderna guiada pela *data-driven economy*. O panorama comercial voltado à valoração das informações pessoais faz com que haja a confusão de direitos contratuais frente à tutela da privacidade individual. Assim, empresas multissetoriais, além de guardarem os dados dos seus clientes, podem unilateralmente usá-los para outras atividades ou até mesmo vendê-los sem o consentimento prévio do titular dos dados, fazendo-se necessária a construção protetiva de normas que regulam as relações B2C (*Business-to-Customer*) e B2B (*Business-to-Business*) a fim de evitar a imprevisibilidade de tais atitudes ilícitas.

As consequências do uso indevido de dados pessoais revela uma sociedade insegura com os meandros tecnológicos, pouco precavida e até mesmo alheia ao assunto. Segundo o *4th annual MEF Consumer Trust Study*, de 6.500 usuários de dispositivos móveis, 53% consideram que não estão no controle da maneira como seus dados são usados. Destes, 39% aderem completamente à permissão dada por meio de Termos e Condições com o sentimento de impossibilidade de escolha<sup>358</sup>. Face à isso, segundo o Financial Times, dados gerais sobre uma pessoa valem, no mínimo, US\$ 0,0005 e crescem a partir de informações mais específicas, como a classe social e as condições de saúde do indivíduo<sup>359</sup>.

No contexto brasileiro, a intenção normativa do consentimento prévio ganha evidência com o Projeto de Lei nº 4060 de 2012, o qual possui cláusulas gerais que tratam sobre o

---

<sup>358</sup>MOBILE ECOSYSTEM FORUM. **The 4th annual MEF Consumer Trust Study**. Disponível em: <<https://mobileecosystemforum.com/programmes/consumer-trust/global-consumer-trust-survey-2017/>>. Acesso em: 06 mai. 2018.

<sup>359</sup>FINANCIAL TIMES. **How much is your personal data worth?**. Disponível em: <<https://ig.ft.com/how-much-is-your-personal-data-worth/>>. Acesso em: 06 mai. 2018.

compartilhamento de dados visando a boa-fé, a lealdade e o legítimo interesse e normas que propõem o estabelecimento do consentimento do usuário, mas que não possuem um rol taxativo sobre de que forma este seria acordado e validado.

A metodologia adotada na elaboração textual consistiu na revisão bibliográfica sobre regulação dos dados pessoais e na análise das audiências públicas realizadas no âmbito do PL 4060/12. Desse modo, a partir de uma perspectiva exploratória e demonstrativa, buscou-se a classificação do posicionamento dos *players*, i.e. Sociedade Civil, Setor Privado, Comunidade Acadêmica e Setor Governamental, os quais foram identificados em cada audiência e a categorização de suas respectivas opiniões para a síntese dos conceitos e ideias presentes no artigo.

Ademais, o presente artigo busca a análise responsiva das seguintes perguntas: Quais seriam os requisitos para um modelo ideal de consentimento? e Há a possibilidade consensual entre os vários interesses do modelo *multistakeholder*? Assim, caberá à seguir a definição do consentimento do cidadão, os fatores e influências inerentes ao seu debate quanto à legitimidade para o uso dos dados pessoais, o modelo contratual virtual, o mercado econômico digital e, por fim, o consentimento no âmbito dos menores de idade.

## **2. O PL 4060 E O CONSENTIMENTO DO TITULAR NO PROCESSO DE EFETIVO CONTROLE DO CIDADÃO SOBRE SUAS PRÓPRIAS INFORMAÇÕES**

Em uma sociedade da informação, os dados pessoais estão sendo constantemente coletados, armazenados e processados para atender diversas finalidades (MURRAY, 2016). Os benefícios advindos com essa prática são evidentes, como a criação de produtos e serviços que atendem demandas específicas dos consumidores.

O potencial de coleta, processamento e utilização dos dados pessoais é aumentado consideravelmente diante do avanço da tecnologia da informação. E os dados coletados indicam as localizações por onde a pessoa passa, os gostos, os padrões de consumo, informações essas que cruzadas traçam perfis refinados que possibilitam o desenvolvimento da Internet das Coisas e de outras tecnologias. Diante desses novos fenômenos e dos interesses múltiplos nos dados pessoais, começam a ser elaboradas regulações de comportamentos e direitos, a fim de proteger essas informações. Assim, as repercussões dos modelos regulatórios de proteção dos dados pessoais afetam diretamente o processo econômico e as relações comerciais contemporâneas. Nesse sentido, a importância da proteção à privacidade vem à tona no mundo e o Brasil não está fora desse contexto, em que cerca de 109 países possuem legislação sobre o tema.

Desse modo, tendo em vista que o tratamento de dados pessoais precisa obedecer a parâmetros bem definidos, a fim de não violar o direito fundamental do indivíduo à privacidade (MENDES, 2014), foi elaborado o Projeto de Lei nº 4060/2012 (PL 4060/2012), ao qual foi apensado o Projeto de Lei nº 5276/2016 (PL 5276/2016).

### **2.1. Breve panorama do PL de dados pessoais: definindo os contornos do debate**

O texto do anteprojeto do PL 5276/2016 foi elaborado pelo Executivo e passou por um debate público promovido pelo Ministério da Justiça e pelo Centro de Estudos sobre Tecnologias Web (Ceweb), vinculado ao Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR (Nic.br) do Comitê Gestor da Internet (CGI), além do Instituto Nacional de Ciência e Tecnologia para a Web (InWeb), da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), cuja discussão no Poder Executivo com as contribuições do debate, levaram ao texto final, agora passível de discussões no Legislativo, inclusive com a realização de audiências públicas para debater o tema na Câmara dos Deputados.

O PL, portanto, almeja estabelecer padrões mínimos a serem seguidos quando ocorrer o uso de um dado pessoal, como a limitação a uma finalidade específica, a criação de um ambiente seguro e controlado para seu uso. Visa assegurar, também, o controle e a titularidade das informações pessoais. O texto apresentado possui um caráter mais robusto e elaborado sobre o tratamento de dados, por ter contado com o auxílio de especialistas e estudiosos sobre o tema, além de ter passado por um amplo debate prévio ao PL.

Então, por uma questão temporal, ao ser apresentado ao Congresso Nacional, foi apensado ao PL 4060/2012 na Câmara dos Deputados. Na tramitação deste PL foram realizadas audiências públicas com representantes da Sociedade Civil, da Comunidade Acadêmica, do Setor Privado e do Governo, para ampliar o debate e aprimorar a futura lei. Nessas audiências foi discutida a importância de uma definição e conceituação de dados pessoais, sensíveis, anônimos, entre outros, para delimitar a aplicação da lei.

O modelo regulatório a ser adotado, também foi abordado nas audiências. Após análise, foram levantadas as principais teses apresentadas pelos atores participantes que apontaram alguns elementos para a construção do modelo regulatório brasileiro. A primeira delas é que empresas estatais devem obedecer às mesmas regras de proteção de dados que as empresas privadas. Ademais, o conceito de dados sensíveis deve ser mais restrito, isto é, devem se restringir aos dados identificados, não os identificáveis. Além disso, os dados identificáveis não devem possuir todas as informações sobre um usuário. O consentimento do usuário é importante, mas pode ser limitado por regras legais e contratuais. Assim, a

legislação não pode criar barreiras para a utilização dos dados pessoais.

Sugere-se que o PL tenha uma *vacatio legis* de 3 anos. Outrossim, a regra de transição não deve se sujeitar a regulação futura. Também não pode haver responsabilidade solidária entre cedente e cessionário. Devem haver normas premiaias que estimulem condutas de proteção de dados por empresas e usuários. Além disso, o PL não pode ser exageradamente minucioso e deve focar em conceitos abertos.

Ressalta-se que as definições de privacidade variam de acordo com o contexto em que se insere, com o modelo regulatório adotado por cada país diante de elementos vários. A privacidade é, portanto, “uma pluralidade, cuja busca por uma essência única está fadada ao fracasso”<sup>360</sup> (SOLOVE, 2008, p.3). Entretanto, a proteção legal da privacidade depende do conceito que informa o objeto dessa proteção, sua natureza e seu escopo. Assim, compreende-se o prisma da complexidade que envolve a privacidade.

Definir e delimitar a privacidade são tarefas complexas pelo fato de estarem ligadas aos valores e projeções do homem em cada sociedade. Contudo, apesar de a forma como a proteção à privacidade é implementada depender das diferentes jurisdições e de diversos atores sociais, como o mercado e outros reguladores que influenciam esse processo, “a necessidade de buscar um mínimo conteúdo comum para o direito à privacidade, é mais que um exercício puramente acadêmico, antes uma necessidade real diante do incremento no fluxo de informações nos últimos anos”. (DONEDA, 2006, pp.85-86)

A resignificação dos dados e os valores que eles passam a ter diante das mudanças tecnológicas e sociais leva os países a se adaptarem a essa nova realidade diante de necessidades primordialmente econômicas, dentre outras interações necessárias no mundo conectado. A construção de modelos regulatórios de tratamento e proteção dos dados pessoais passa a ser essencial e a definição de privacidade é fundamental quando as informações pessoais atingem a esfera política. (BAMBERGER, 2013). Assim, a privacidade assume posição de destaque na proteção da pessoa humana como elemento indutor da cidadania, da própria atividade política em sentido amplo e dos direitos de liberdade (DONEDA, 2006; SOLOVE, 2008).

A proteção de dados pessoais, nesse contexto, também retoma a proteção da dignidade da pessoa humana em que os direitos da personalidade são direitos fundamentais, inclusive no art. 12 da Declaração Universal dos Direitos Humanos<sup>361</sup>. A superação do direito à

---

<sup>360</sup> Tradução própria do original em inglês: “[...] privacy is a plurality of different things and that the quest for a singular essence of privacy leads to a dead end”.

<sup>361</sup> Artigo 12. Ninguém será sujeito à interferências em sua vida privada, em sua família, em seu lar ou em sua

privacidade como uma tutela de índole apenas patrimonial, diante desse cenário em que é encarado como um direito fundamental, e o estabelecimento de novos mecanismos e institutos para possibilitar a efetiva tutela dos interesses da pessoa, isto é, a funcionalização da proteção da privacidade fez, portanto, com que dela surgisse uma disciplina de proteção de dados pessoais.

Não obstante, depender de fatores subjetivos tais quais o tempo e o local, a privacidade não deve ser encarada como um direito subjetivo. Um dos motivos para tanto é a própria dificuldade em enquadrarmos a privacidade em uma concepção coerente e unitária. (DONEDA, 2006) Antes, deve ser vista como uma situação subjetiva complexa, cuja tutela depende do sopesamento de situações concretas de sua aplicabilidade, a qual na definição de Pietro Perlingieri (1982) “[...] se expressa através do exercício arbitrário do poder pelo seu titular, porém influi outros interesses, tanto do titular quanto da coletividade, que implica em poderes, deveres, obrigações e ônus aos envolvidos”. (p.279)

Importante, ainda, apontar como um elemento nesse debate, o “consentimento”, enquanto legitimação do titular dos dados ao tratamento dos mesmos. Nesse sentido, nota-se que o debate é mais amplo e complexo, já que “a percepção da população na necessidade de se estabelecer um mecanismo de proteção de dados implica no atendimento de outras necessidades básicas como o padrão médio de consumo, a educação, a penetração da tecnologia no cotidiano e o próprio acesso à rede”. (DONEDA, 2006, p.17)

## **2.2. Legitimidade para o uso dos dados pessoais: relevância do consentimento na proteção**

Dentre os temas abordados nas audiências públicas da PL 4060/2012, destaca-se o do consentimento, pois é uma das formas de legitimar o tratamento dos dados pessoais<sup>362</sup>, além de possibilitar o controle do indivíduo sobre seus dados com o exercício da autodeterminação informativa.

O ordenamento jurídico brasileiro contempla a proteção da pessoa humana como seu valor máximo e a privacidade como um direito fundamental assegurado pela Constituição no art. 5º, X e XII<sup>363</sup>. Há ainda proteções fracionadas com focos de atuação determinados, tal

---

correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.

<sup>362</sup> Há outras formas de obter acesso aos dados pessoais de modo legítimo, como ocorre quando o responsável pelo tratamento dos dados possui interesse legítimo. Essa hipótese está presente, inclusive, no artigo 7º, inciso IX, do PL 5276/2016.

<sup>363</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das

qual o art. 43 do Código de Defesa do Consumidor e na Lei de Cadastro Positivo (Lei nº 12.414/2011), em que se regula basicamente banco de dados sobre consumidores.

Além disso, a privacidade dos dados pessoais está presente nos arts. 4º<sup>364</sup> e 31<sup>365</sup> da Lei de Acesso à Informação (LAI), que será melhor discutida no tratamento dos dados pelo Poder Público. Há também previsão do tema em dispositivos no Marco Civil da Internet, destacando-se a proteção da privacidade e dos dados pessoais como um princípio para o uso da Internet, no art. 3º<sup>366</sup>, bem como um direito assegurado no uso da rede, considerado essencial ao exercício da cidadania, no art. 7º<sup>367</sup>, além de parte dos arts. 10<sup>368</sup> e 11<sup>369</sup> que se inserem na Seção “Da Proteção aos Registros, aos Dados Pessoais e às Comunicações

---

pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; [...] XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

<sup>364</sup> Art. 4º Para os efeitos desta Lei, considera-se: I - informação: dados, processados ou não, que podem ser utilizados para produção e transmissão de conhecimento, contidos em qualquer meio, suporte ou formato; II - documento: unidade de registro de informações, qualquer que seja o suporte ou formato; III - informação sigilosa: aquela submetida temporariamente à restrição de acesso público em razão de sua imprescindibilidade para a segurança da sociedade e do Estado; IV - informação pessoal: aquela relacionada à pessoa natural identificada ou identificável; V - tratamento da informação: conjunto de ações referentes à produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transporte, transmissão, distribuição, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação, destinação ou controle da informação; VI - disponibilidade: qualidade da informação que pode ser conhecida e utilizada por indivíduos, equipamentos ou sistemas autorizados; VII - autenticidade: qualidade da informação que tenha sido produzida, expedida, recebida ou modificada por determinado indivíduo, equipamento ou sistema; VIII - integridade: qualidade da informação não modificada, inclusive quanto à origem, trânsito e destino; IX - primariedade: qualidade da informação coletada na fonte, com o máximo de detalhamento possível, sem modificações.

<sup>365</sup> Art. 31. O tratamento das informações pessoais deve ser feito de forma transparente e com respeito à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, bem como às liberdades e garantias individuais.

<sup>366</sup> Art. 3º A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios: [...] II - proteção da privacidade; III - proteção dos dados pessoais, na forma da lei. [...] Parágrafo único. Os princípios expressos nesta Lei não excluem outros previstos no ordenamento jurídico pátrio relacionados à matéria ou nos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

<sup>367</sup> Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos: I - inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; [...] VII - não fornecimento a terceiros de seus dados pessoais, inclusive registros de conexão, e de acesso a aplicações de internet, salvo mediante consentimento livre, expresso e informado ou nas hipóteses previstas em lei; VIII - informações claras e completas sobre coleta, uso, armazenamento, tratamento e proteção de seus dados pessoais, que somente poderão ser utilizados para finalidades que: a) justifiquem sua coleta; b) não sejam vedadas pela legislação; e c) estejam especificadas nos contratos de prestação de serviços ou em termos de uso de aplicações de internet; IX - consentimento expresso sobre coleta, uso, armazenamento e tratamento de dados pessoais, que deverá ocorrer de forma destacada das demais cláusulas contratuais; X - exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação de internet, a seu requerimento, ao término da relação entre as partes, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstas nesta Lei.

<sup>368</sup> Art. 10. A guarda e a disponibilização dos registros de conexão e de acesso a aplicações de internet de que trata esta Lei, bem como de dados pessoais e do conteúdo de comunicações privadas, devem atender à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das partes direta ou indiretamente envolvidas.

<sup>369</sup> Art. 11. Em qualquer operação de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, de dados pessoais ou de comunicações por provedores de conexão e de aplicações de internet em que pelo menos um desses atos ocorra em território nacional, deverão ser obrigatoriamente respeitados a legislação brasileira e os direitos à privacidade, à proteção dos dados pessoais e ao sigilo das comunicações privadas e dos registros.



Privadas”. A tutela da privacidade, todavia “depende de uma valoração complexa na qual sejam sopesadas situações concretas de sua aplicabilidade” (DONEDA, 2006, p.17), sendo o PL de dados pessoais um ambiente propício para que este modelo regulatório seja desenvolvido no Brasil. Essa abrangência não permite, portanto, uma categorização da lei como pública ou privada, por sua efetividade envolver a aplicação à diversos ramos jurídicos. (KUNER, 2010)

Dessa forma, as definições de privacidade variam de acordo com o contexto em que se insere, com o modelo regulatório adotado por cada país, delimitados por valores, normas sociais e interesses. Assim, enquanto a UE tem uma regulação proativa sobre os dados pessoais, os EUA tem a auto regulação do mercado como modelo para o tema. (FERNBACK; PAPACHARISSI, 2007)

O modelo europeu de regulação da privacidade até então baseado na Diretiva 95/46, será substituído em maio de 2018 pela *General Data Protection Regulation* (GDPR), aprovada em abril de 2016, e elaborada com a finalidade de harmonizar as leis de privacidade de dados, proteger e empoderar a privacidade de dados dos cidadãos da UE, bem como para remodelar a forma como as organizações abordam a privacidade de dados. Este modelo considera privacidade como um direito fundamental, cuja responsabilidade de assegurar aos cidadãos é do governo. Direito esse que é reproduzido em diversas constituições de países na Europa e no art. 8º da Convenção do Conselho europeu para proteção dos direitos humanos e liberdades fundamentais<sup>370</sup>. (MOVIUS; KRUP, 2009; KUNER, 2010)

De acordo com o artigo 4 (11) do regulamento europeu (GDPR), o consentimento somente será válido se for dado de forma livre, específica, informada e inequívoca. Entende-se que o indivíduo que não é coagido a consentir, o faz de forma livre. Por sua vez, se ele compreende o que irá acontecer com os seus dados, permite seu uso para uma determinada finalidade e expressa sua permissão sem ter dúvidas, ele está consentindo de modo específico, informado e inequívoco, respectivamente<sup>371</sup>.

Acrescenta-se, também, aos requisitos de validade do consentimento, a necessidade de ser revogável pelo titular dos dados pessoais. Afinal, o pleno exercício da autodeterminação

---

<sup>370</sup> ARTIGO 8º Direito ao respeito pela vida privada e familiar 1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência. 2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros.

<sup>371</sup> ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY. **Guidelines on consent under Regulation 2016/679**. Disponível em: <[http://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item\\_id=623051](http://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item_id=623051)>. Acesso em: 05 mai. 2018.

informativa, permite ao usuário deixar de concordar com a utilização dos seus dados, caso entenda que não está mais sendo beneficiado com o processamento.

Compreendida a importância do consentimento do titular para a privacidade e proteção dos dados pessoais, no próximo tópico será feita a análise dos argumentos proferidos na Audiência Pública sobre consentimento no âmbito do PL 4060/2012, a fim de expor e compreender as preocupações e demandas dos representantes do Setor Privado, Comunidade Acadêmica, Sociedade Civil e Governo brasileiro sobre o tema.

### **3. MODELO REGULATÓRIO PARTICIPATIVO: ANÁLISE DOS ARGUMENTOS DA AUDIÊNCIA PÚBLICA SOBRE CONSENTIMENTO NO PL 4060**

#### **3.1. Termos de uso e consentimento**

A validade dos contratos eletrônicos já é tema pacificado na jurisprudência brasileira, e tratado em âmbito internacional pelas discussões da lei modelo sobre o comércio eletrônico da Comissão de Direito do Comércio Internacional da Organização das Nações Unidas – UNCITRAL – de 1996, a qual regula o comércio eletrônico em geral, bem como sua aplicação em atividades específicas.

Comércio eletrônico é a venda de produtos (virtuais ou físicos) ou a prestação de serviços realizadas em estabelecimento virtual. A oferta e o contrato são feitos por transmissão e recepção eletrônica de dados. O comércio eletrônico pode realizar-se através da rede mundial de computadores ou fora dela. (COELHO, 2007, p. 32)

Os contratos de adesão são aqueles por meio dos quais diversas pessoas podem aderir ao mesmo bloco de condições gerais propostas por uma das partes, de modo que não contêm a regulação para um caso específico, e sim para uma generalidade de diversas contratações. Nessa modalidade, a parte que adere, ou seja, que aceita as condições gerais propostas, é submissa ao que lhe for imposto através dessas condições.

Importante destacar a diferença entre as cláusulas gerais do ordenamento jurídico e as cláusulas gerais dos contratos de adesão, conforme ensina o Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr.:

A cláusula geral do Direito é uma norma jurídica que serve para avaliar a conduta, mas não define essa conduta. É norma em branco que atribui ao aplicador a função de estabelecer, caso a caso, qual a conduta devida, isto é, qual o comportamento esperado do cidadão, naquelas circunstâncias e naquela relação.[...]O nosso sistema jurídico contém inúmeras cláusulas gerais (que não se confundem com as cláusulas gerais do negócio, portanto estas são apenas cláusulas contratuais pré ordenadas pelo estipulador e vão

integrar o contrato de adesão, onde também são chamadas de condições gerais, cláusulas uniformes, etc.). As cláusulas gerais do ordenamento jurídico são janelas abertas no sistema, que servem tanto para a elaboração de preceitos jurídicos, de outro modo dificilmente alcançáveis, como para a inserção de fatores nele ausentes, inclusive metajurídicos. (AGUIAR JÚNIOR, 1994, p. 28)

A contratação de adesão possui como vantagem a fácil utilização para contratos de massa, e por isso simplifica a atividade empresarial. Entretanto, sua utilização facilita vantagens unilaterais e abusivas para o fornecedor que é a parte propositora das condições.

A dinâmica das contratações por meio da Internet é propícia a essa modalidade de contratação, que costuma ocorrer através de apenas um clique, eis que basta o aceite do cliente sobre as condições gerais que lhe são propostas para que a relação jurídica se efetive. O momento exato da celebração do contrato, nessas hipóteses, é aquele em que o consumidor efetivamente recebe o aviso de recebimento de sua aceitação.

Como modalidade particular de contratos de adesão, no campo da contratação eletrônica, impende destacar as chamadas licenças “*clickwrap*” (“*clickwrap agreements*” ou “*point-and-click agreements*”), usualmente submetidas à concordância do usuário do produto ou serviço, contendo cláusulas acerca de sua prestação, sendo assim denominadas, pois sua validade se baseia no ato de apertar o botão de aceitação. (MARTINS, 2016, p. 131)

Na atual sociedade da informação não se pode prescindir dos serviços contratados por meio da Internet, por isso se questiona se o consumidor teria a efetiva possibilidade de não aceitar as condições impostas pelos fornecedores.

O valor de alguns produtos ou serviços tem variação dependendo da quantidade de usuários. O usuário depende da interação com outros usuários para que tal produto ou serviço lhe seja útil, o que configura o denominado efeito de rede.

Ademais, a influência das redes baseadas na Internet vai além do número de seus usuários: diz respeito também à qualidade do uso. Atividades econômicas, sociais, políticas, e culturais essenciais por todo o planeta estão sendo estruturadas pela Internet e em torno dela, como por outras redes de computadores. De fato, ser excluído dessas redes é sofrer uma das formas mais danosas de exclusão em nossa economia e em nossa cultura. (CASTELLS, 2003, p. 8)

Quanto mais essencial o serviço se torna, qual a possibilidade que o cidadão terá de se recusar a consumi-lo? Ainda mais se considerado o fato de que essa recusa o tornará à

margem da própria sociedade em que deveria ser inserido.

Acredita-se que muitos serviços, como de correio eletrônico, mensagens instantâneas, redes sociais, programas de fidelidade, etc., sejam gratuitos. Porém, trata-se em verdade de uma compra efetuada pelo consumidor, por meio de uma remuneração indireta, concretizada ao aceitar os contratos de adesão denominados termos e condições de uso. E nessa negociação a moeda de troca é a informação.

As redes sociais demonstram mais claramente esse fornecimento de informações de forma espontânea e consciente, como por exemplo o compartilhamento de informações íntimas, fotografias e exposição de relacionamentos. Entretanto, as informações fornecidas vão além daquelas que os usuários fazem espontaneamente.

Com a aceitação dos termos e condições de uso, os consumidores divulgam dados como suas localizações geográficas, listas de contatos, suas preferências de pesquisa em sites motores de busca e até liberam acesso à câmera dos smartphones.

Tendo em vista, portanto, o valor econômico do capital social das redes e, assim, das informações que constituem as interações entre os perfis, já não há mais que se falar em gratuidade das relações jurídicas entre os sites e seus membros, usuários e, portanto, consumidores dos serviços oferecidos (MARTINS, 2016, p. 54), mediante remuneração indireta. A remuneração é indireta posto que as informações fornecidas são monetizadas pelos fornecedores.

A relação enquadra-se, portanto, no conceito de serviço (art. 3º, parágrafo 2º, da Lei 8078/90<sup>372</sup>), e constitui verdadeiro negócio jurídico oneroso.

Para possibilitar o controle do titular acerca dos seus dados, outro princípio relevante é o princípio do consentimento. [...] Segundo esse princípio, o consentimento deve ser livre, específico e informado, e apenas situações excepcionais (previstas legalmente) justificam o processamento de dados sem o prévio consentimento do titular.(MENDES, 2014, p. 71)

Esse consentimento, atualmente, é extremamente discutível, dado o caráter essencial de utilização dos serviços oferecidos na Internet, bem como a falta de ciência quanto à destinação final dos dados pessoais.

O Estado deve se adequar às revoluções tecnológicas que transformam a sociedade, e

---

<sup>372</sup> Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.  
§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

regular até mesmo as relações privadas, de forma que seja garantida a função social do contrato e conseqüentemente a proteção dos direitos fundamentais do ser humano em relação aos modelos de negócio atuais.

### **3.2. Consentimento para o mercado digital: convergência quanto à relevância, discordância quanto às suas características**

Na análise dos discursos proferidos nas audiências públicas da PL nº 5.276/2016, verificou-se que os atores da Sociedade Civil, da Comunidade Acadêmica, do Setor Privado e do Governo concordaram que o consentimento do titular dos dados pessoais é essencial para a realização do tratamento de dados pessoais. Contudo, as propostas apresentadas para definir de que forma esse consentimento se daria divergiram.

Representantes da Sociedade Civil defenderam a importância de que este consentimento seja inequívoco, ou seja, o indivíduo deve consentir de forma espontânea e informada acerca da finalidade do processamento dos seus dados pelo serviço ou plataforma de tecnologia a que se vincula. Destacou ainda que deveria ser possível revisar ou revogar este consentimento, visto que ele é uma concessão precária.

Estes argumentos foram aceitos em parte pelos representantes do Setor Privado, que apresentaram uma ressalva: a dificuldade de se identificar, na prática, todas as possíveis situações em que os dados do usuário seriam tratados, o que leva muitas plataformas a optarem por adotar um modelo de consentimento genérico. Defenderam que este tipo de concessão, mais ampla, poderia ser eventualmente restringida por previsões legais ou contratuais.

Considerando o atual texto do PL 5.276/2016, o consentimento genérico seria vedado, pois ele deve ser específico, ou seja, os dados pessoais que sejam alvo do tratamento devem ter seu destino devidamente detalhado para o titular. Como isto impactará os modelos de negócio dos serviços de tecnologia é algo ainda a ser observado.

Quanto à forma do consentimento, o modelo brasileiro é um pouco mais restritivo do que a versão européia. Na GDPR, conforme o art. 7º, qualquer forma pode ser utilizada, desde que permita ao controlador de dados provar que o consentimento foi dado. Já a regra prevista na PL, exige que o consentimento seja dado pela forma escrita, ou outro meio que permita sua certificação.

Outras características importantes do consentimento, que estão previstas tanto na GDPR quanto no texto atual do PL é que este deverá ser livre, ou seja, deve se dar sem nenhum tipo de pressão ou coação sobre o titular dos dados; expresso - a pessoa deve

apresentar uma indicação clara e objetiva de que concorda que seus dados sejam tratados e com as implicações decorrentes; e informado - o titular deve ter a ciência sobre o que é o tratamento de dados pessoais e as implicações do tratamento.

Fica-se a dúvida se estas novas previsões normativas quanto ao consentimento extinguirão os contratos do tipo *click-wrap*, em que o consumidor clica em uma caixa de diálogo após uma extensa lista de termos de serviço, aceitando que seus dados pessoais sejam utilizados pela plataforma de tecnologia.

### 3.3. Legítimo interesse

Uma das previsões de grande polêmica no debate do consentimento é a questão do legítimo interesse, prevista no inciso IX, do art. 7º, do texto atual da PL 5.276/2016:

Art. 7º. O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses:

(...)

IX - quando necessário para atender aos **interesses legítimos** do responsável ou de terceiro, exceto no caso de prevalecerem interesses ou direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais, em especial se o titular for menor de idade. (grifos acrescidos)

O receio aqui é que esta previsão crie uma exceção que abra caminho para abusos por parte daqueles que tratam dados pessoais. Em entrevista ao InternetLAB<sup>373</sup>, o grupo Intervozes, ator da Sociedade Civil, destaca que esta regra poderia ser utilizada por um controlador para tratar dados do usuário sem seu consentimento expresso, sob a alegação de que faz isso para o bem daquele indivíduo. Como exemplo, cita a hipótese do uso de dados bancários de clientes, pelas próprias instituições bancárias, para coibir fraudes, sem o consentimento inequívoco.

Já o Google Brasil e a Serasa Experian, atores do Setor Privado, defendem que esta regra ajuda a otimizar a regra de consentimento, dando uma autorização legal para o controlador de dados naquelas situações em que o tratamento está diretamente alinhado com as expectativas do usuário. Assim, essa previsão seria mais realista ao contexto de tratamento

---

<sup>373</sup> INTERNETLAB. O que pode autorizar o tratamento de dados pessoais? Disponível em: <<http://www.internetlab.org.br/pt/opiniao/especial-o-que-pode-autorizar-o-tratamento-de-dados-pessoais/>>. Acesso em: 7 mai. 2018.

de dados em larga escala (*big data*), sem retirar o ônus do responsável de demonstrar que está fazendo uso da hipótese de legítimo interesse de modo adequado.

Para o Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP, ator da Comunidade Acadêmica, a previsão deste dispositivo visa um balanceamento de interesses, apresentando exceção ao legítimo interesse no caso de “prevalecerem os direitos e liberdades fundamentais do titular”. Além disso, destaca que o artigo 10 do PL prevê três requisitos para o tratamento baseado no legítimo interesse, quais sejam: i) a adoção de medidas para garantir a transparência do tratamento baseado nessa hipótese e a possibilidade de o titular manifestar oposição ao tratamento; ii) a estrita necessidade como critério de legitimidade do tratamento de dados baseado nesse requisito e a necessidade de anonimização quando possível; iii) possibilidade da autoridade requisitar impacto de privacidade.

### **3.4. Consentimento de menores**

Embora um tema pouco debatido nas audiências da Câmara dos Deputados, a questão do consentimento por menores de idade é de importante relevância para o mercado digital. Tanto a GDPR quanto o PL 5276/2016 preveem regras sobre este tema. Conforme a regulação europeia, a autorização parental é necessária para menores de 16 anos.

Já o projeto de lei brasileiro, trouxe inicialmente uma regra que permitia que menores entre 12 e 18 anos, pudesse fornecer consentimento diretamente, ressalvada a possibilidade de revogação pelos responsáveis legais. Esta regra sofreu inúmeras críticas, e atualmente, o texto tramitando no congresso apenas diz que “o tratamento de dados pessoais de crianças e de adolescentes deverá ser realizado no seu melhor interesse, nos termos da legislação pertinente”. Infelizmente, o ECA não traz nenhuma regra específica sobre o tema, o que acabará impondo aos magistrados, intérpretes da lei, a conclusão sobre em que situações este consentimento poderá ser direto, ou dependerá da autorização dos pais ou responsáveis.

Uma das principais dúvidas do mercado, que não é respondida nem pela diretiva europeia nem pelo projeto de lei brasileiro é quanto à operacionalização deste consentimento. O nome dos pais passará a constar nos termos de consentimento? Haverão regras distintas para os menores incapazes absolutos e os relativos? São mais incógnitas que só serão respondidas com a atuação judicial no caso concreto.

## **4. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Tendo em vista a era da informação em que a sociedade se situa, a essencialidade das contratações através da Internet já é um fato inquestionável. Em que pesem as diversas visões

interpretativas sobre o desenvolvimento social, a Internet se configura como excessivamente influente e importante fator determinante da própria sociedade, mas para isso o seu uso deve ser consciente e transparente.

A massificação das relações comerciais, constatada através da constante contratação por meio de termos de adesão e aceitação às condições gerais impostas pelos fornecedores da Internet, impede a efetivação dessa consciência e transparência.

O efeito de rede e a crescente imposição social de uso das novas tecnologias trouxeram efeitos significativos para o mundo jurídico. As contratações ocorrem de forma veloz, através de um ou poucos cliques. Os denominados termos de adesão são utilizados como meio eficaz de contratação eletrônica, possibilitando diversos novos negócios, formas de comunicação, de aprendizado, de disseminação de informação, etc. Entretanto, na mesma medida em que tais termos de adesão aceitos mediante um clique possibilitam diversos avanços, trazem à tona riscos aos direitos fundamentais do ser humano, apresentados de forma nunca antes imaginada.

Frente ao panorama global em que as normas de proteção de dados se encontram, o Brasil assume uma posição defasada que tende a agravar as relações de consumo, visto a proporção que esta tende a assumir nos próximos anos, como é demonstrado pelo estudo *Global Cloud Index* realizado pela *Visual Networking Index* que prevê com que 4 bilhões de pessoas até 2020 tenham acesso à internet<sup>374</sup>.

Pode haver a impressão de que não existiria como alterar a relação da sociedade com os meios digitais, devido à sua imensa complexidade (multiplicidade de atores, Estados, legislações e composição geográfica distribuída), os avanços e transformações já ocorridos e à falta de regulação unificada. Porém, existem instrumentos para efetivar a proteção mínima aos direitos fundamentais. Tais instrumentos se constituem como a defesa da legislação já existente, especialmente o Código de Defesa do Consumidor, que se faz tão necessária e atual aos problemas advindos das novas realidades, bem como a criação de legislação específica.

A privacidade se constitui como direito fundamental protegido constitucional e legalmente, mas constantemente em risco nos meios digitais. Urge-se, portanto, a celeridade do processo normativo em detrimento do efeito que a necessidade do consentimento do titular dos dados causa no cenário econômico e social. Além da regulação interna de cada país, o papel dos fóruns híbridos se faz essencial para a unificação de políticas de governança da

---

<sup>374</sup>VISUAL NETWORKING INDEX. **7th annual Global Cloud Index**. Disponível em: <<https://www.cisco.com/c/en/us/solutions/service-provider/visual-networking-index-vni/index.html>>. Acesso em: 06 mai. 2018.



Internet, tanto na esfera pública quanto na privada.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Cláusulas Abusivas no Código do Consumidor - Em: *Estudos sobre a proteção do consumidor no Brasil e no MERCOSUL/Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.

ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY. *Guidelines on consent under Regulation 2016/679*. Disponível em: <[http://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item\\_id=623051](http://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item_id=623051)>. Acesso em: 05 mai. 2018.

BAMBERGER, Kenneth A.; MULLIGAN, Deirdre K. Privacy in Europe: Initial Data on Governance Choices and Corporate Practices. *The George Washington Law Review*, 81(5), p. 1529-1664, 2013.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 10 de jul. 2017.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação)*, de 18 de novembro de 2011. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm)>. Acesso em: 03 de jul. 2017.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet)*, de 23 de abril de 2014. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm)>. Acesso em: 03 de jul. 2017.

\_\_\_\_\_. *Lei nº (Código de Defesa do Consumidor)*, de 11 de setembro de 1990. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm)>. Acesso em: 03 de jul. 2017.

CASTELLS, M. *A galáxia da Internet: reflexões sobre a Internet, negócios e a sociedade*. Traduzido por Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003.

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

FERNBACK, Jan; PAPACHARISSI, Zizi. Online privacy as legal safeguard: the relationship among consumer, online portal, and privacy policies. *New Media & Society*, 9(5), p. 715–734, 2007.

KUNER, Christopher. Data protection law and international jurisdiction on the Internet

(part 1). *International Journal of Law and Information Technology*, vol. 18. n. 2, p. 176 - 193, 2010.

MARTINS, Guilherme Magalhães Martins. *Contratos Eletrônicos de Consumo*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MENDES, Laura S. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental*. Brasília: Saraiva, 2014.

MOVIUS, Lauren B.; KRUP, Nathalie. U.S. and EU Privacy Policy: Comparison of

Regulatory Approaches. *International Journal of Communication*, 3, p. 169-187, 2009.

MURRAY, Andrew. *Information Technology Law: Law and Society*. Oxford: Oxford University Press, 2016.

ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em: 10 de jul. 2017.

PERLINGIERI, Pietro. *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*. Napoli: ESI, 1982.

SOLOVE, Daniel J. *Understanding Privacy*. Cambridge: Harvard University Press, 2008.

UE. *Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais*, de 04 de novembro de 1950. Disponível em <[http://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_POR.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf)>. Acesso em 7 de jul. de 2017.

\_\_\_\_\_. *Diretiva 95/46/CE*, de 24 de Outubro de 1995. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31995L0046&from=PT>>. Acesso em: 20 de jun. de 2017.

\_\_\_\_\_. *General Data Protection Regulation*. Disponível em <<http://www.eugdpr.org/eugdpr.org.html>>. Acesso em: 04 de jul. de 2017.

O Veredicto é um projeto de extensão da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília que une simulações jurídicas, pesquisa e extensão. Criado em 2013, vem se tornando, ao longo dos anos, uma referência no que tange à pluralidade social e à horizontalidade na troca de conhecimento. Atualmente, possui mais de 90 membros, além dos coordenadores, que atuam em 5 (cinco) diferentes áreas: Administração, Atuação Itinerante, Comunicação, Extensão e Pesquisa.

## **“VEREDICTO: SIMULAÇÕES JURÍDICAS, PESQUISA E EXTENSÃO” –**

### **O ESPAÇO DE DIÁLOGO PROPORCIONADO PELA EXPERIÊNCIA EXTENSIONISTA UNIVERSITÁRIA E SEUS REFLEXOS SOCIAIS**

**Felipe Augusto Romão<sup>375</sup>**

**Giovanna Milanez Tavares<sup>376</sup>**

**Patrícia Bouvier do Nascimento Silva<sup>377</sup>**

**Ramon Richardson Torres Lima<sup>378</sup>**

**Sofia Sarmiento Barros<sup>379</sup>**

#### **RESUMO**

O Veredicto é um projeto de extensão da Universidade de Brasília que se destaca por englobar o conceito de extensão universitária popular na sua atuação no Centro de Ensino Médio de Sobradinho (CEM 01) do Distrito Federal. O presente trabalho visa tanto traçar o conceito e a importância da extensão popular e, a partir dele, criticar o critério de classificação de extensão da UnB, como também analisar os relatórios dos encontros de extensão, produzidos desde a criação do Veredicto, em 2013. Diante dessas premissas, objetivou-se verificar se foi proporcionado espaço de fala aos alunos do Ensino Médio, público-alvo do projeto. Por fim, demonstrou-se que os estudantes majoritariamente defenderam tanto posições relativamente punitivistas quanto não-punitivistas em seus discursos sobre a realidade social, com a presença de bipolaridade de posições. Isso significa que foi oferecido um ambiente em que os estudantes se sentiram apoderados para livremente se manifestar.

**PALAVRAS-CHAVE:** Extensão Universitária. Universidade de Brasília. Veredicto.

#### **1. INTRODUÇÃO**

O presente artigo intenciona possibilitar, em linhas gerais, uma melhor compreensão da ideia de extensão universitária e, mais especificamente, de extensão universitária popular,

---

<sup>375</sup> Graduando em Direito pela Universidade de Brasília

<sup>376</sup> Graduanda em Direito pela Universidade de Brasília

<sup>377</sup> Graduanda em Direito pela Universidade de Brasília

<sup>378</sup> Graduando em Direito pela Universidade de Brasília

<sup>379</sup> Graduanda em Ciências Contábeis pela Universidade de Brasília

assim como a importância desta para o fortalecimento do que se chama de tripé universitário na Universidade de Brasília.

Posteriormente, a partir de metodologia a ser explanada no momento devido, trabalhar-se-á com a realidade específica do Projeto de Extensão “Veredicto: Simulações Jurídicas, Pesquisa e Extensão”. Ele possui 5 (cinco) áreas internas. Além da Coordenação-Geral, tem-se o Administrativo, a Atuação Itinerante, a Comunicação, a Pesquisa e a Extensão, área foco deste artigo.

Uma das grandes peculiaridades positivas do Veredicto é o fato de, apesar de ser um Projeto de Extensão da Faculdade de Direito, ser aberto a todos os cursos e faculdades. Dessa forma, possui membros não apenas do Direito, mas também de Fotografia, Gastronomia, Ciências Contábeis, Ciências Sociais, Relações Internacionais, Ciência Política, Comunicação Social, Letras, entre outros. Inclusive, são os próprios membros que gerem o projeto, com autonomia e responsabilidade. Tudo isso proporciona uma efetiva troca de saberes entre os membros, concretizando a pluralidade e a horizontalidade que pressupõem a concepção de extensão universitária.

No site do projeto<sup>380</sup>, consta um pequeno resumo da área “Extensão”, que pode não somente proporcionar uma melhor compreensão de seu propósito, como também estabelecer as principais ideias que nortearão este trabalho. Segundo a descrição,

Na educação superior brasileira, é bastante presente e difundida a ideia de tripé universitário. Este sistema é assim apelidado por ser composto pelos pilares necessários a uma formação universitária completa e de qualidade: ensino, pesquisa e extensão. A extensão universitária é bastante plural e, como tal, pode assumir várias formas e várias definições.

O Veredicto norteia suas práticas a partir do conceito da extensão popular como forma de contato entre a universidade e sua comunidade. Através desses momentos, é possibilitada a troca de conhecimentos e experiências interdisciplinares, bem como de vivências sociais norteadas pelos ideais de troca de saberes, de paridade e de horizontalidade plenas. A extensão é uma atividade desafiadora e muitas vezes complexa, mas também transformadora, tanto de opiniões quanto de visões, contextos e realidades.

A Extensão é a área do projeto que se propõe a realizar esse ideal extensionista e, para isso, desenvolve, durante todo o ano, encontros semanais com os estudantes do Centro de Ensino Médio 01 de Sobradinho, durante 50 minutos. Nessas ocasiões, que destoam obrigatoriamente da organização professor-aluno tradicional, são promovidos debates e dinâmicas sobre temas relativos a direitos fundamentais e cidadania. Objetivamos, assim, fazer com que os membros do projeto e os estudantes da escola possam refletir sobre seus contextos e convicções e, como consequência, desconstruir valores e perspectivas, assumindo uma postura questionadora e transformadora da sociedade a sua volta. **Extensão é desconstrução.**

---

<sup>380</sup> Disponível em <<https://www.veredictounb.com.br/extensao>>. Acesso em: 20 de maio de 2018.

## 2. A IDEIA DE EXTENSÃO UNIVERSITÁRIA

A concepção de extensão surge a partir de uma tentativa de flexibilizar o ensino e também contribuir para a democratização das relações entre a Universidade e a sociedade em busca do desenvolvimento sustentável, sendo esta última inclusive a missão<sup>381</sup> definida pelo Decanato de Extensão da Universidade de Brasília para si.

Paulo Freire (1996) já nos dizia que não há docência sem discência e que, inclusive, o ensino não é simplesmente uma transferência de conhecimento. Com muita sabedoria, pontuou uma realidade há muito negligenciada, trazendo à tona a necessidade de reflexão crítica sobre a prática e a insuficiência teórica. Ele também traz uma crítica extremamente importante ao sistema educacional, pontuando que

Os sistemas de avaliação pedagógica de alunos e de professores vêm se assumindo cada vez mais como discursos verticais, de cima para baixo, mas insistindo em passar por democráticos. [...] A questão que se coloca a nós é lutar em favor da compreensão e da prática da avaliação enquanto instrumento de apreciação do que fazer de sujeitos críticos a serviço, por isso mesmo, da libertação e não da domesticação. Avaliação em que se estimule o falar a como caminho do falar com” (FREIRE, p. 72-73, 1996)

Ainda, tratando do aspecto do espaço de fala, central em seus trabalhos e essencial à concepção de extensão em sua essência, expõe esse cenário complexo ressaltando o direito e, ao mesmo tempo dever daquele que tem algo a dizer de dizê-lo. Entretanto, a consciência deste de que não é o único que tem algo a dizer também é importante, assim como a percepção de que sua fala, por mais importante que seja, não é verdade absoluta (FREIRE, 1996). Isso implica na construção daquilo que chamamos de empatia.

Nesse sentido, é essencial que o educador democrático se cale para escutar quem fala, sendo intolerável qualquer postura autoritária que de alguma forma iniba o espaço de fala daquele que não quer mais ser permanecer em silêncio. Na verdade, deve motivar e desafiar quem escuta, proporcionando um espaço de integração de saberes.

Compreender as palavras de Paulo Freire é absorver a essência de uma extensão universitária, em que o espaço de fala assume papel central e preza-se incessantemente pela horizontalidade, ofertando aos participantes um ambiente acolhedor, transformador e que pode, ao longo do tempo, impactar toda a sociedade de diferentes formas.

Inclusive, segundo o Plano Nacional de Extensão Universitária,

a produção do conhecimento, via extensão, se faria na troca de saberes sistematizados, acadêmico e popular, tendo como consequência a democratização do

---

<sup>381</sup> Disponível em <<http://dex.unb.br/sobre-o-decanato-de-extensao>>. Acesso em: 20 de maio de 2018.

conhecimento, a participação efetiva da comunidade na atuação da universidade e uma produção resultante do confronto com a realidade” (FORPROEX, 1987, p. 3)

Portanto, entende-se a extensão universitária como a personificação de uma via de mão dupla, um compromisso social da universidade, uma garantia de valores democráticos de igualdade e desenvolvimento social e, enfim, a liga que une a universidade (ensino e pesquisa) e as demandas da sociedade.

Ainda, é uma vertente de produção de conhecimento que valoriza e prioriza metodologias participativas e favorecem o diálogo, aprofundando “um novo conceito de sala de aula, que não se limite ao espaço físico da dimensão tradicional, mas compreenda todos os espaços, dentro e fora da universidade” (FORPROEX, 1987, p. 3).

Ao questionar o objetivo central de uma extensão universitária, poder-se-iam suscitar inúmeros propósitos. Entretanto, é possível destacar uma que é central: a formação do profissional cidadão que interaja efetivamente com a sociedade, seja para situar-se historicamente, identificar-se culturalmente ou referenciar sua formação técnica com os problemas que provavelmente um dia enfrentará (FORPROEX, 1987), ou seja, é se transformar, amadurecer, acima de produzir conhecimento, é trocá-lo, desenvolvendo habilidades e competências multi, inter e transdisciplinares que podem contribuir de forma efetiva na superação de desigualdades sociais.

Entretanto, existe um conceito ainda mais restrito de Extensão Universitária: a Popular, na qual o Veredicto se enquadra. A Extensão Universitária Popular determina-se pela troca de conhecimento na interface Universidade/comunidade, não possui qualquer hierarquia de discurso, sendo pautada puramente em diálogos horizontais, e busca a equiparação de valores e a transformação social (RODRIGUES; REZENDE; OHOFUGI, 2017).

Problematizando ainda mais, é importante questionar a importância de uma experiência extensionista em um ambiente jurídico. Segundo Carolina Tokarsi,

Nas faculdades de direito, o outro é apresentado descaracterizado de seu lado humano. Nos livros e nas frases soltas pelo professor, convivemos com Caios, Tícios e Tiburcios, mas não sabemos a cor da sua pele, o lugar que moram, se são católicos ou frequentam o candomblé, enfim, como são constituídas suas subjetividades, e como se dá sua relação com a sociedade. **Na faculdade, somos formados para lidar com homens e mulheres ocios:** não importam os sentimentos, as crenças, os desejos, os medos, nada o que motiva a ação humana. **A subjetividade do jurista vai assim sendo deformada para lidar com pessoas que são coisas** (2009, p. 67, grifos nossos).

Nesse sentido, a prática da extensão jurídica permite a transformação desse cenário a partir do posicionamento do estudante à frente de um outro que possui não apenas uma

história de vida e uma singularidade, mas que fala, que quer ser ouvido e respeitado. E, por isso, o diálogo é tão importante. Compreender a realidade de outrem simplesmente na dimensão objetiva desumaniza o olhar. É, então, na dimensão subjetiva, no diálogo, na troca de saberes e conhecimentos, que se possibilita ir além dos dados, alcançando sentimentos, desejos, necessidades, o verdadeiro sofrimento.

Apesar de tão benéfica, a extensão universitária é pouco valorizada por estudantes e professores, que não veem nenhuma vantagem profissional ou de reconhecimento nessa atividade. Dessa maneira, muitas das vezes, o estudante percorre a trajetória de graduação centrado apenas em preocupações de uma futura carreira profissional, tornando “da faculdade de direito um espaço de culto aos valores aristocráticos e de construção de relações e estratégias para a busca da segurança e estabilidade financeira” (TOKARSI, 2009, p. 73). Sua contribuição no ambiente universitário, no entanto, é visível.

### **3. A IMPORTÂNCIA DA EXTENSÃO NO TRIPÉ UNIVERSITÁRIO**

O tripé universitário de ensino, pesquisa e extensão oferece entre seus pilares instrumental para que eles se desenvolvam, buscando a formação do cidadão e a qualidade da produção de conhecimento destinada à sociedade brasileira. Destarte, o conhecimento pode ser democratizado, acessível e construído para e por toda a população, além da comunidade acadêmica, mediante a premissa de que o tripé é sustentado pelas trocas de saberes. Uma universidade que pensa sobre e interage com o objeto que estuda, a sociedade.

A extensão universitária propõe que a Universidade se estenda e gere frutos para além dos muros universitários, sendo capaz de desconstruir conceitos e transformar a realidade social. Assim, há um contexto que abrange a função social da Universidade, cujo objetivo é não ser alheia aos problemas sociais, mas sim apoderar os agentes sociais a reformularem sua própria realidade social. Entretanto, não se deve olvidar que a extensão deseja ser responsiva e corresponder às expectativas da sociedade, pois que a ação universitária deve se expandir apenas aos limites dos valores culturais e necessidades do corpo social.

Nessa toada, a extensão popular aproxima a comunidade acadêmica à identidade e às demandas do povo brasileiro, no que importa identificar seu perfil, comportamento, contexto em que está inserido, sua cultura e seus processos sociais e políticos. Com tais elementos, visa-se tanto aprender a partir deles, quanto familiarizar e refletir sobre seus pontos disfuncionais, dando margem à sua resolução pela própria comunidade, respeitando a emancipação e o protagonismo popular.

Em muito a extensão tem a contribuir, principalmente no que tange à construção de

métodos alternativos de sanar impasses que prejudicam o bem-estar social, utilizando-se de conhecimentos da própria comunidade como também do meio acadêmico. Ademais, a extensão cria novos compromissos para com os outros dois pilares universitários, já que traz novas ideias de cursos, matérias, objetos de pesquisa, serviços a serem prestados e estruturas universitárias a serem instaladas, a fim de complementar a própria atuação extensionista.

Paralela à extensão, a Universidade de Brasília (UnB) foi arquitetada para ser de fato uma “UniverCidade”, sem muros, em que toda a sociedade poderia frequentar o ambiente universitário, interdisciplinar, de modo a compartilhar conhecimento e, mesmo, para conviver com as mais diversas pessoas com variados interesses. A produção de conhecimento nacional, descolonizada, reconhecendo a riqueza de saberes dentro do país, obtidas também a partir da própria sociedade, foi ideia fundadora da UnB e idealizada por Darcy Ribeiro. Por sua vez, o educador Paulo Freire, cuja obra inspira as extensões, demonstra que o diálogo está presente na extensão universitária, como no lírico trecho a seguir:

educar e educar-se, na prática da liberdade, é tarefa daqueles que sabem que pouco sabem – por isto sabem que sabem algo e podem assim chegar a saber mais – em diálogo com aqueles que, quase sempre, pensam que nada sabem, para que estes, transformando seu pensar que nada sabem em saber que pouco sabem, possam igualmente saber mais. (1983, p. 15)

Com esse histórico, foi natural que a Universidade de Brasília se empenhasse e fosse reconhecida pelos seus grupos de extensão, com bom engajamento do corpo estudantil. Não obstante seu destaque nacional pelo número de projetos de extensão que oferece, há certas questões a se problematizar, porquanto muitos deles não se alinham às ideias motivadoras de Darcy Ribeiro, como também às importantes considerações de Paulo Freire a respeito do conceito de extensão.

#### **4. CONCEPÇÃO DE EXTENSÃO DA UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA**

De acordo com a apresentação de Extensão da Universidade de Brasília, encontrada em seu sítio na internet, extensão é

a universidade além dos campi. A proposta da Extensão universitária é melhorar a realidade social por meio de ações concretas da comunidade acadêmica. Na UnB, a extensão é pilar essencial para colocar em prática o aprendizado, promover a integração e entender as necessidades do país. Numerosos programas, projetos e eventos conduzidos pela instituição produzem resultados diários e ajudam a transformar a vida das pessoas<sup>382</sup>

---

<sup>382</sup> Disponível em: <<https://www.unb.br/extensao>>. Acesso em: 20 de maio de 2018.



Desde logo podemos explorar duas problemáticas não só na propaganda, mas na práxis em si da Extensão e de programas extensionistas dentro da UnB, quais sejam: o viés extensionista adotado pela instituição e quais ações são detidas como extensionistas pela mesma.

Para entendermos o critério adotado pela instituição aqui questionada quanto aos direcionamentos da extensão dentro de seus espaços, precisamos explorar que tipos de atividades tal instituição prontifica como potenciais ou como próprias atividades extensionistas:

Segundo a Resolução da Câmara de Extensão nº 01/2015, que buscou estabelecer procedimentos operacionais para a institucionalização de atividades de extensão na Universidade de Brasília, os conceitos das ações de extensão são programa, projeto, evento e curso, concebidos como: 1) Programa como o conjunto de ações de médio e longo prazo orientadas a um objetivo comum de estabelecer a prática extensionista dentro das diretrizes do projeto pedagógico da Universidade; 2) Projeto, com duração de seis meses a dois anos, como forma externalizada da ação extensionista em seu caráter diverso; 3) Evento como ações de curta duração que visam a apresentação de conhecimentos ou produtos culturais e/ou científicos, conservados ou reconhecidos pela Universidade; 4) Por fim, o curso é o conjunto articulado de ações de caráter teórico e/ou prático que busca o aperfeiçoamento ou disseminação de conhecimentos.

Desta forma, verificamos a abrangência das ações extensionistas institucionalizadas pela Universidade, abrangência esta que traz um número tão grande de ações para o viés da extensão que dificulta o próprio acompanhamento das mesmas dentro dos meios institucionalizados pela UnB.

O que queremos dizer com esta última afirmação é que tal Resolução da Câmara de Extensão, ao preocupar-se demasiadamente com a institucionalização dos programas extensionistas e com a definição de quais ações ali se inserem, acabou por, em sua abrangência, tornar genérico o conceito extensionista.

Percebe-se aqui a Extensão, dentro do tripé universitário praticado na UnB, como concebida por um critério residual de exclusão: tudo aquilo que não faz parte do eixo de Ensino ou do eixo de Pesquisa, torna-se Extensão. Mister salientar que não basta ter contato com o exterior universitário para ser extensão, é preciso que tal contato tenha bases definidas em princípios dialógicos de educação libertadora e formação cidadã, não em um Projeto Político Pedagógico de conceitos vastos e praticamente esquecido pelo corpo acadêmico.

Além da imprecisão conceitual encontrada nas diretrizes extensionistas da

Universidade de Brasília, nota-se também uma despreocupação da instituição com o caráter assistencialista e paternalista que toma eixo na maior parte dos projetos ali institucionalizados.

É possível verificar que muitos projetos e programas vigentes na Universidade tem caráter meramente assistencialista, buscando a prestação de serviços para a comunidade. Tal fato nos leva ao questionamento, ainda inconclusivo, se é a própria genericidade e abrangência da Instituição que leva o corpo discente e docente a propor projetos que não têm características extensionistas em sua essência ou se é o próprio corpo universitário que não busca se aprofundar nas diretrizes e práxis de Extensão que levam verdadeiramente à democratização do conhecimento e à formação cidadã de interação efetiva com a sociedade.

Aqui, não buscamos criticar a prestação de serviços exercida pela comunidade acadêmica, mas sim sua categorização como parte do eixo extensionista. Acreditamos na prestação de serviço como meio ou consequência para a efetivação dos ideais extensionistas de quaisquer projetos, entretanto, quando nos deparamos com ações essencialmente assistencialistas, entendemos que ali não há a busca de interação dialógica e de trocas com a sociedade exterior à Academia.

## **5. OS REFLEXOS SOCIAIS A PARTIR DA IMPLEMENTAÇÃO PRÁTICA DA EXTENSÃO NO PROJETO DE EXTENSÃO “VEREDICTO: SIMULAÇÕES JURÍDICAS, PESQUISA E EXTENSÃO”**

Entre os projetos de extensão da UnB, o Veredicto, iniciado em 2013, possui grande destaque, por ter se tornado um dos projetos de extensão com maior número de membros. É um projeto de extensão universitária popular que possui aproximadamente 90 membros e atua em diferentes frentes, sendo a principal delas as atividades extensionistas desenvolvidas na escola sede CEM 01 em Sobradinho (Brasília, Distrito Federal).

Seu papel chega a ser emblemático quando pensamos na problemática de acesso de grupos vulneráveis às instituições de ensino superior, sendo no caso específico de estudantes de escolas públicas do Distrito Federal, principalmente o acesso à Universidade de Brasília.

O principal meio de trabalho do projeto se dá através de rodas de conversa junto dos alunos da escola sobre diversos temas ligados ao cotidiano, mas que não se dispersam de serem socialmente relevantes, sendo o acesso ao ensino superior um dos temas trabalhados, como já falado, principalmente o acesso à UnB.

Nesses encontros com os alunos buscamos principalmente estabelecer uma linha dialógica com os mesmos, absorver de sua realidade e estabelecer um ambiente de livre expressão.

Ponto que é destacado e reiterado nos relatórios dos membros do Projeto sobre os

encontros com os alunos sob o tema da Universidade é o da falta de perspectiva de acesso que os mesmos têm em relação às instituições de ensino superior público. Muitos alunos relatam que nem se valem de tentar o ingresso pois pensam que são incapazes devido a grande diferença na qualidade do ensino que eles recebem para o ensino privado.

Assim, o Projeto busca motivá-los a ingressarem no vestibular e também busca meios para materialmente ajudá-los, com doação de livros, tiragem de dúvidas, explanações sobre o sistema de cotas, etc. Resultado de tal esforço tem sido visto nos últimos anos com o crescente número de aprovados, dos alunos que estiveram em contato com o projeto, no vestibular da UnB, o que lhes parecia impossível, e no relato de agradecimento de muitos quanto ao incentivo do Veredicto para seu ingresso no ensino superior público.

O projeto preocupa-se em construir uma memória institucional da extensão que proporcione uma compreensão macro das contribuições e dificuldades reais. Nesse sentido, como relatado acima, produz relatórios e atas de suas atividades, sendo que estes tratam predominantemente sobre as atividades extensionistas no CEM 01 de Sobradinho. Tais relatórios têm a seguinte forma: nele se especifica a data do encontro relatado; a turma da escola na qual se deu a atividade; os membros presentes; o tema de encontro; e uma descrição do desenvolver das atividades, apontando fatos relevantes ocorridos e pontos levantados na discussão.

Sendo o debate de ideias um elemento essencial da atividade proposta pelo Veredicto, escolhemos verificar através do recurso dos relatórios qual seria a natureza geral dos posicionamentos apresentados pelos estudantes do CEM 01 de Sobradinho em nossos encontros. Para tanto, delimitamos a nossa análise em temáticas relacionadas ao Direito Penal Brasileiro, que foram bastante recorrentes ao longo dos anos de projeto. Para fins de análise entenderemos que, sobre os temas, estudantes podem apresentar, de forma simplória ou mesmo reducionista, perspectivas relativamente punitivistas ou não, no espectro do Direito Penal. Tomaremos como punitivista qualquer discurso que valde como forma de prevenção do crime a punição e repressão de determinada conduta, seja na esfera individual daquele que está sendo punido, seja na esfera social, daqueles que enxergam a punição.

Portanto, cada relatório analisado será taxado em uma de quatro categorias propostas: A) Os estudantes defenderam tanto posições relativamente punitivistas quanto não-punitivistas, havendo um encontro de ideias na atividade; B) A turma apresentou um discurso predominantemente punitivista acerca do tema; C) A turma apresentou um discurso predominantemente contra um ideal punitivista acerca do tema; D) O Relatório é inconclusivo para fins dessa análise ou não existe.

Cabe também considerar a data na qual o encontro aconteceu visto que, encontros feitos no segundo semestre do ano se dão em turmas que já acompanham as atividades do projeto desde o início do mesmo ano. Outro parâmetro interessante que será considerado é se a turma é de estudantes do primeiro, segundo, ou terceiro ano do ensino médio.

Outra questão importante é que serão desconsiderados em nossa análise as questões levantadas pelos membros do projeto Veredicto durante as atividades para se avaliar os posicionamentos da turma, visto que esses em geral devem ter o intuito de provocar a autocrítica das posições que os estudantes de ensino médio apresentam diante do tema. Considera-se, portanto, que, se os membros do projeto provocaram um questionamento, tal fato não será usado para avaliar que a turma teve um determinado posicionamento. Se levou em conta apenas o que os próprios estudantes defendem.

Ao total foram analisados 83 (oitenta e três) relatórios do banco de dados do Veredicto, entre os anos de 2013 a 2017, sendo 2013 o ano da gênese do projeto. Como resultados gerais, temos que 40 (quarenta) dos 83 (oitenta e três) (48,2%) se encaixam no grupo “A)”, querendo dizer que houve uma exposição mútua de ideias tanto punitivistas quanto não-punitivistas; 12 (doze) no grupo “B)”, apresentando predominantemente ideais punitivistas; 19 (dezenove) no “C)”, constituindo predominantemente ideais contra o punitivismo; e 12 (doze) na categoria “D)”, que apesar de serem de temática penal, não são conclusivos para a pesquisa. Vale ressaltar ainda que, dentre os relatórios do grupo “A)”, não existe predominância de turmas de qualquer ano do Ensino Médio (14 (quatorze) são de 3º ano; 14 (quatorze) são de 2º ano; e 12 (doze) são de 1º ano).

O Veredicto, procurando proporcionar um espaço de debate para os estudantes do Centro de Ensino Médio 01, levantou questões sugeridas pelos próprios estudantes em sua maioria e isso levou a uma interessante variedade de temáticas. Dentre as analisadas, que tratam do sistema penal em vários de seus aspectos, tivemos 12 (doze) temas distintos ao longo dos anos. Por outro lado, também é notável a gravitação a determinados temas, que se repetem desde os primeiros anos da atuação do projeto. Dois desses que enfocaremos para a análise são o tema da “descriminalização do aborto” e da “descriminalização das drogas”.

O aborto foi usado como tema nos encontros desde o começo das atividades do veredicto. As turmas que se manifestaram de maneira punitivistas ou não nos encontros foram quinze, sem contar com a classificação “D” em que o relatório é inconclusivo para fins dessa análise. Desses 15 (quinze), 9 (nove) são da categoria “A” com posições tanto punitivistas como não punitivistas; 2 (dois) da categoria “B” de caráter punitivista e 3 (três) da categoria “C” de caráter não punitivista. Quanto às turmas, seis foram de terceiro ano, 5 (cinco) de

primeiro e 4 (quatro) de segundo ano. De maneira geral, a posição dos alunos quanto ao tema do aborto foi discutida de forma punitivista e não punitivista, sem predominância de opinião.

Outro tema bastante explorado foi o de descriminalização das drogas. Dos 18 (dezoito) relatórios analisáveis, 12 (doze) foram julgados tanto punitivistas como não punitivistas, 2 (dois) punitivistas e 4 (quatro) não punitivistas. Desses relatórios analisados, 6 (seis) são de primeiro ano, 7 (sete) de segundo ano e 5 (cinco) de terceiro ano. É um tema que sempre promove bastante discussão e opiniões muito divergentes e dificilmente uma turma vai entrar em unanimidade.

Analisamos o tema de atuação policial em 8 (oito) relatórios. O tema de atuação policial discute principalmente seus excessos e violência. Dentre eles, 5 (cinco) turmas discutiram de forma punitivistas e não punitivista, tendo o diálogo equilibrado; 1 (um) de forma predominantemente punitivista e 2 (dois) de forma predominantemente não punitivista. As turmas foram 5 (cinco) de primeiro ano, 2 (duas) de segundo e 2 (duas) de terceiro.

O porte de armas foi discutido em algumas de nossas turmas. As conclusões para nossa análise não são especialmente relevantes, pois a maioria das turmas não chegaram a discussões de caráter punitivista ou não. Apenas 3 (três) turmas chegando a esse mérito, sendo duas de primeiro ano e uma de segundo, e quanto a opiniões duas turmas na categoria “A”, em que há opiniões tanto punitivistas quanto não punitivistas, e uma na categoria “C” em que as opiniões foram não punitivistas. Os temas de feminicídio, prostituição e estupro também foram amplamente discutidos, porém sem conclusões relevantes na esfera penal. Também foram discutidos os temas de cárcere, seletividade do sistema penal e outras penas.

Por fim, vale ressaltar a predominância geral de turmas que se encaixam em nossa categoria “A”. Reconhecendo a pluralidade de vivências e de perspectivas de vida existentes nessas turmas, e visto que elas residem um bom número de estudantes, os 40 (quarenta) relatórios dentro dessa categoria entre o total de 83 (oitenta e três) analisados mostram a efetividade que o projeto vêm tendo em criar um espaço no qual todos possam expressar seus ideais e trocar experiências com outras pessoas.

## **6. CONCLUSÃO**

À luz do que fora exposto, pode-se inferir não somente a importância do tripé universitário para uma formação completa dos alunos de graduação, como também a essencialidade da extensão universitária popular no aprimoramento dessa experiência, principalmente no que diz respeito à sua humanização.

Em relação ao Projeto de Extensão “Veredicto: Simulações Jurídicas, Pesquisa e

Extensão”, percebe-se que este tem caráter de extensão popular e proporciona transformação tanto para os alunos do CEM 01 de Sobradinhos como para seus membros e gestores. Ainda, é um projeto que se retroalimenta, já que muitos dos estudantes que passam pela experiência extensionista na figura do “aluno”, quando entram na universidade tornam-se extensionistas pela perspectiva do “membro”, o que torna o projeto ainda mais horizontal e possibilita de forma mais eficaz o cumprimento de seus propósitos de democratização e aproximação da relação Universidade/comunidade.

Ainda, o Veredicto carrega por ideais o esforço constante por uma extensão horizontal e permanente. Esse trabalho, inclusive, dá-se pelo convívio e pela troca que seus membros constroem com os estudantes, aqueles proporcionando um espaço de debate livre das censuras comuns do ensino tradicional e estes trazendo seus interesses, seus conhecimentos e relatos para esse mesmo espaço.

As temáticas analisadas neste trabalho são muito queridas pelos estudantes justamente por levantarem opiniões fortes, levando a debates acalorados e, como já foi pontuado, livres de censura. Há ainda a atuação dos nossos membros que estimulam a formulação de argumentos pelos secundaristas, incentivando a autocrítica.

Frente aos dados levantados com a categorização dos relatórios, é mais palpável a efetividade da atuação do projeto em criar tais espaços. Podemos afirmar que, de 83 eventos, em pelo menos 40 houve uma exposição de ideais opostos, além das análises em temáticas mais pontuais que também foram reveladoras. A finalidade desses encontros não é impor determinada linha de pensamento, e sim consolidar um ambiente de diálogo onde o aluno é livre para se expressar e também aprende a ouvir. A pesquisa sobre a atividade extensionista concentra muito valor por ser fundamental para a compreensão deste trabalho. Além de corroborar para uma elucidação da realidade, ainda que em apenas um aspecto, é um registro de nossas experiências para todas as pessoas interessadas na extensão universitária.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

FREIRE, Paulo. *Extensão ou Comunicação?*. (8ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1983, 93 p.). Tradução de Rosisca Darcy de Oliveira. Coleção O Mundo, Hoje, 7ª ed., v. 24. 65 p.

\_\_\_\_\_. *Pedagogia da Autonomia: Saberes Necessários à Prática Educativa*. 25ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 1996. 92 p.

\_\_\_\_\_. *Pedagogia do Oprimido*. 17. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. 107 p.

FORPROEX. *O plano nacional de Extensão Universitária*. Coleção Extensão Universitária. Vol. I, 1987. 10 p.

BRASÍLIA, Universidade de Brasília. Câmara de Extensão. *Resolução nº 1, de 2015. Estabelece procedimentos operacionais para a institucionalização de atividades de extensão na Universidade de Brasília*. Brasília, DF, 23 de junho de 2015.

RIBEIRO, Darcy. *Universidade, para quê?*. Brasília, 1985, 20 p.

TOKARSKI, Carolina. *Com quem dialogam os bacharéis em direito da Universidade de Brasília? A experiência da extensão jurídica popular no aprendizado da democracia*. Brasília, 2009. 140 p.

RODRIGUES, Ana Leticia; REZENDE, Daniel; OHOFUGI, Nathália; PORTO, Pedro Victor. *(Des)construindo a (ex)tenção na Universidade*. p. 19-35 in SILVA, Luciana Correia; TORRES, Fernanda Martins; SILVA, Janaína Lopes da; TORRES Fernanda Martins; BERNARDO, Nauê; STORNI, Paulo Ricardo Guimarães Rocha. TARCHETTI, Ricardo Rodrigues. *Verdicto: Pesquisa e Extensão Universitária*. ISBN: 978-85-87999-06-1. Brasília, Faculdade de Direito, 2017. 96 p.

O projeto de extensão universitária popular Promotoras Legais Populares do Distrito Federal funciona como uma rede de mulheres, que propõe a plena efetivação dos direitos das mulheres. A metodologia do curso é baseada principalmente na construção horizontal de oficinas temáticas semanais. O curso possui duração de oito meses e seus pilares teóricos norteadores são o Direito Achado na Rua e a Educação Jurídica Popular, a partir de um olhar interseccional. A participação no curso é restrita às mulheres. Este ano existem três turmas de PLPs: uma em Ceilândia e duas em São Sebastião.

**PROMOTORAS LEGAIS POPULARES: REDE DE MULHERES COMO GARANTIDORAS DE DIREITOS FRENTE AO ESTADO PATRIARCAL**

**PROMOTORAS LEGALES POPULARES: RED DE MUJERES COMO GARANTIDORAS DE DERECHOS FRENTE AL ESTADO PATRIARCAL**

**Isabela Martins Neves**<sup>383</sup>

**Heloísa Storniolo Adegas**<sup>384</sup>

**RESUMO**

Este trabalho trata sobre o projeto de extensão universitária popular Promotoras Legais Populares do Distrito Federal como uma rede de mulheres, norteada pela educação jurídica popular feminista, que propõe a plena efetivação dos direitos das mulheres. Para tanto, é elucidado como o Estado patriarcal é estruturado a partir da desigualdade de gênero, raça e classe; como as redes de mulheres funcionam paralelamente às instituições estatais, com o fito de promover a conscientização e emancipação de gênero; e, por fim, apresentar o funcionamento do projeto a partir da práxis libertária.

**PALAVRAS-CHAVE:** Promotoras Legais Populares. Estado patriarcal. Rede de mulheres.

**RESUMEN**

Este trabajo trata acerca del proyecto de extensión universitária y popular “Promotoras Legais Populares do Distrito Federal”, una red de mujeres norteada por la educación jurídica popular y feminista y que propone la efectivación plena de los derechos de las mujeres. Para esto, inicialmente explica la estructura del Estado patriarcal sobre el enfoque de las desigualdades de género, raza y

---

<sup>383</sup> Graduanda em Direito pela Universidade de Brasília (UnB) e facilitadora e cursista do projeto de extensão Promotoras Legais Populares.

<sup>384</sup> Formada em Direito pela Universidade de Brasília (UnB) e facilitadora do projeto de extensão Promotoras Legais Populares.



clase; después expone como las redes de mujeres funcionan paralelamente a las instituciones estatales objetivando promover la concientización y la emancipación de género; y, por último, presenta el funcionamiento del proyecto desde la práctica libertadora.

**PALABRAS CLAVE:** Promotoras Legais Populares. Estado patriarcal. Red de mujeres.

## 1. INTRODUÇÃO

Este trabalho foi construído a partir de nossa experiência enquanto cursistas e facilitadoras<sup>385</sup> do projeto de extensão Promotoras Legais Populares do Distrito Federal, que nos proporciona trocas com diversas mulheres frequentadoras do curso. Ao participarmos da extensão universitária, fica ainda mais evidente como o ensino superior brasileiro é um espaço extremamente elitizado, branco e masculino, distante da realidade da maior parte da população brasileira. Nas PLPs, temos a oportunidade de nos deslocarmos não apenas fisicamente dos muros da universidade, mas, também epistemologicamente, colocando-nos em contato com vivências e visões de mundo diversas daquelas encontradas nos espaços acadêmicos que frequentamos.

Como afirmado pelas autoras,

“o ensino jurídico e em geral o ensino superior brasileiro está inserido em uma lógica que reforça os processos colonialistas de legitimação de conhecimento. Nossas universidades são marcadas por um modelo pedagógico centrado na sala de aula e que desvaloriza práticas mais críticas como pesquisa e extensão. O resultado disso é um tipo de educação bancária, acrítica, mercadológica e deslocada da realidade social, onde nós estudantes somos apenas ensinadas a reproduzir saberes consagrados do meio acadêmico e a endeusar autores que nada conhecem da nossa realidade.” (ADEGAS, BARBOSA, TORRES, 2016, p.2)

A composição do corpo docente e discente, bem como da grade curricular e das bibliografias das disciplinas que encontramos no curso de Direito forma profissionais insensíveis à consequência do Direito na vida das pessoas.

A extensão universitária, em especial as PLPs, provoca-nos no sentido de fazer com que mudemos nossa percepção daquilo que aprendemos em sala de aula, e escancara a necessidade de diversificação do corpo docente e discente da universidade, ocupado, atualmente, majoritariamente por apenas um tipo de pessoa: homens brancos heterossexuais de elite, reproduzindo a lógica patriarcal e racista na qual estão inseridos, apresentando o Direito a partir de uma visão única.

O que presenciamos no curso das PLPs é que o mundo jurídico é algo muito distante para a maioria das mulheres, que desconhecem seus direitos e o funcionamento das

---

<sup>385</sup> O curso, bem como suas oficinas, são conduzidas por um grupo de mulheres que denominamos “facilitadoras”, enquanto aquelas que fazem o curso são chamadas de “cursistas”.

instituições estatais. Esse distanciamento não se dá por acaso, muito pelo contrário. A forma como o Direito é construído e apresentado, com uma linguagem inacessível e uma roupagem rebuscada, tem a finalidade de ser dominável por um grupo seletivo de pessoas, que o cria, o domina e o reproduz. O que fazemos no curso é nos organizarmos em uma rede de mulheres para dominarmos e transformarmos esse sistema.

## 2. ESTADO PATRIARCAL-COLONIAL

A construção dos Estados-nação é um marco da modernidade, acompanhado do desenvolvimento do capitalismo, da industrialização e do crescimento das desigualdades mundiais e tendo como um de seus fundamentos o estabelecimento de uma hegemonia cultural eurocêntrica em todo o mundo. (OYĚWÙMÍ, 2017). Esse pensamento moderno organiza o mundo em categorias homogêneas e cria hierarquias dicotômicas entre elas. Para Lugones (2015), a hierarquia dicotômica entre o humano e o não humano é a dicotomia central da modernidade colonial, sendo “humano” o colonizador ocidental (homem branco), e o “não-humano” as/os colonizadas/os.

O Estado é fruto da mentalidade moderna e essencial para sua perpetuação. É fundamentado numa ideia de supremacia branca, masculina e europeia, que foi necessário para garantir o processo de colonização das Américas e dos países do continente africano, bem como para a manutenção das desigualdades raciais, de classe e de gênero, resultantes da colonização e constitutivas da nossa sociedade até os dias de hoje. (SILVA, 2006). O Estado representa aqueles que são considerados humanos dentro da hierarquia dicotômica colonial; é por eles ocupado e para eles dirigido. Como afirma Juliana Lopes (2017),

“o Estado é a realização da liberdade, que guia o progresso da humanidade. A História Universal é a história dos Estados europeus e dos povos que os formam, operando uma exclusão necessária dos demais. Esses povos são não só excluídos, mas sua dominação, exploração e extermínio são elementos constitutivos necessários na marcha do progresso humano.” (p.55)

A teórica estadunidense Catherine MacKinnon (2007) sustenta que o Estado é intrinsecamente patriarcal. Segundo ela, “o Estado, forma máxima na qual o poder dos homens é organizado tanto entre os homens quanto sobre as mulheres enquanto pretende institucionalizar paz e justiça, têm se revelado como uma instituição de dominação masculina”<sup>386</sup> (p.3), sendo o Direito seu instrumento de manutenção.

Assim, o referencial de humanidade - o homem branco proprietário cis heterossexual -

---

<sup>386</sup> Tradução livre. Original: “The state, apex form in which the power of men is organized both among men and over women while purporting to institutionalize peace and justice, has been revealed as an institution of male dominance”.

é colocado como ser universal, o ideal de sujeito moderno, a partir do qual ele mesmo constrói o Outro: o negro, o irracional, o selvagem (LOPES, 2017). Dessa forma, não fariam parte desse sujeito moderno todos aqueles e aquelas que não se enquadram no padrão do homem branco. Esse ideal de sujeito moderno é, também, o sujeito de direitos que irá formular e manusear o discurso jurídico e que irá ocupar e ser protegido pelo Estado.

A colonialidade patriarcal e racista constitutiva do Estado é materializada de diversas formas: na linguagem, na própria produção legislativa, nas políticas públicas, nos corpos que controlam e naqueles que são controlados pela instituição. No Brasil, das 513 cadeiras da Câmara dos Deputados apenas 55 são ocupadas por mulheres (10,7%), e 12 das 81 do Senado (14,8%) o são. No mundo, em posições de liderança do Estado eleitas as mulheres ocupam um total de 7,2%, dentre os 152 países investigados, de acordo com o Mapa das Mulheres na Política (2017) divulgado pela União Interparlamentar e ONU Mulheres. Dentre as deputadas eleitas, apenas 2,2% são mulheres negras, o que resulta em um total de 80% de homens brancos ocupando cadeiras na Câmara dos Deputados<sup>387</sup>.

Considerando que a população brasileira é constituída por 53,9%<sup>388</sup> de pessoas negras (pretas e pardas), sendo 52,7% mulheres negras; e por 51,5% de mulheres em geral, é gritante a sub-representação de mulheres e de pessoas negras e indígenas. No Executivo e no Judiciário o cenário não é diferente. Durante todos os anos de presidencialismo, a primeira e única presidenta mulher, Dilma Rousseff, foi eleita em 2012, e não conseguiu completar seu segundo mandato, iniciado em 2014, por ter sofrido um impeachment puxado por esse tal Congresso masculino e branco, sendo que nunca na história tivemos um presidente ou presidenta negra. Também, na mais alta Corte do país, de 11 Ministros, apenas 2 são mulheres, Cármen Lúcia e Rosa Weber, sendo que só foram antecedidas por Ellen Gracie, contabilizando 3 mulheres na história do Supremo Tribunal Federal, que teve apenas 1 Ministro negro, Joaquim Barbosa, e nenhuma mulher negra ocupando tal cargo.

A importância da representatividade não se dá pela necessidade de “colorir” os espaços, mas para que os direitos dos grupos atualmente sub-representados sejam garantidos. É necessário que pessoas de realidades diferentes estejam pensando a partir de suas próprias realidades, não de uma realidade única. Para Patricia Hill Collins, (1977) a *standpoint theory* (teoria do ponto de vista) compreende que certos grupos têm experiências historicamente compartilhadas, apesar das vivências individuais de cada um(a), e dá o exemplo das pessoas

---

<sup>387</sup> <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/POLITICA/475684-HOMENS-BRANCOS-REPRESENTAM-71-DOS-ELEITOS-PARA-A-CAMARA.html>

<sup>388</sup> PNAD 2015. IBGE

negras, que compartilham um histórico de racismo institucional. Nesse sentido, Djamila Ribeiro (2018) afirma que

“O lugar social não determina uma consciência discursiva sobre esse lugar. Porém o lugar que ocupamos socialmente nos faz ter experiências distintas e outras perspectivas. A teoria do ponto de vista feminista e lugar de fala nos faz refutar uma visão universal de mulher e de negritude, e outras identidades, assim como faz com que homens brancos, que se pensam universais, se racializem, entendam o que significa ser branco como metáfora do poder, como nos ensina Kilomba. Com isso, pretende-se também refutar uma pretensa universalidade. Ao promover uma multiplicidade de vozes o que se quer, acima de tudo, é quebrar com o discurso autorizado e único, que se pretende universal. (p.70)

Assim, fica evidente que “uma democracia igualitária depende, portanto, do enfrentamento daquilo que faz rodar as engrenagens do gênero, mas também as de classe e de raça” (BIROLI; MIGUEL, 2011, p.12)

No entanto, não é apenas a questão da representatividade um critério revelador do sexismo e racismo estatais. Estamos falando de toda uma estrutura baseada nesses princípios coloniais, que acabam se retroalimentando, uma vez que tal estrutura está constantemente privilegiando um grupo específico de cidadãos – aqueles que se encaixam no padrão do sujeito de direitos – em detrimento de todas as outras e outros, que têm seus corpos controlados e seus direitos violados pelas instituições<sup>389</sup>.

Ante um Estado patriarcal e racista, as mulheres se organizam paralelamente às instituições, de diversas formas institucionais e não-institucionais, a fim de terem seus direitos reconhecidos e/ou garantidos. Como afirma MacKinnon (2007),

“Como Estados geralmente não representam as mulheres, tanto por ações ou pela ausência de atuação dentro da sua esfera de poder, ao encararem mecanismos oficiais, doutrinas e autoridades sem resposta, conseguiram, muitas vezes por suas próprias ONGs, alcançar o direito em suas próprias mãos.”<sup>390</sup>

A auto-organização das mulheres em redes é, portanto, uma alternativa às omissões ou violências do Estado, o qual permanece, para nós (e em especial para as mulheres mais vulneráveis – negras, pobres, deficientes, não cis heterossexuais) inacessível.

### **3. REDES DE MULHERES COMO GARANTIDORA DE SEUS DIREITOS**

Como afirmado, as mulheres são sub-representadas nas instituições estatais e acabam sendo submetidas à dominação masculina devido ao princípio da soberania do Estado. No entanto, ao não vislumbrarem (ou encontrarem grande dificuldade em vislumbrar) tal espaço

---

<sup>389</sup> Dois exemplos evidentes de como o Estado controla corpos e viola direitos: proibição do aborto, que controla os corpos das mulheres e leva a uma maternidade compulsória, resultando, também, na alta taxa de mortalidade de mulheres, em especial mulheres negras, em abortos clandestinos; e o encarceramento em massa da população negra, principalmente devido à criminalização das drogas.

<sup>390</sup> Tradução livre. Original: Since states too often do not represent women, whether by actions or failures to act within the sphere of their power and authority, women facing unresponsive official mechanisms, doctrines, and authorities have reached, often through their own NGOs, to hold the law in their own hands”

de poder como passível de ocupação e modificação, se organizam em redes de mulheres em busca de garantirem seus direitos.

Conceituo rede de mulheres como um grupo auto-organizado de mulheres que se apoiam e se ajudam mutuamente, podendo ter diversas ou até mesmo nenhuma finalidade específica. Visualizo dois tipos de redes de mulheres: i) as que garantem, em si mesmas, a efetividade de direitos fundamentais; e ii) aquelas que são um meio de reivindicar o reconhecimento ou a garantia de direitos perante o Estado.

No primeiro grupo, enquadro redes não institucionalizadas, que geralmente ocorrem no dia-a-dia da vida das mulheres e da lógica familiar. É aquele grupo informal de mulheres que se apoia no cotidiano, quando, por falta de creche, uma vizinha fica com o filho da outra para que esta possa ir trabalhar; quando uma mulher cozinha para sua própria família e a da colega/irmã/filha/mãe; quando a doula e/ou a parteira de uma comunidade acompanha toda a gestação de alguém, cuidando de sua saúde, fazendo seu parto, e cuidando, depois, do bebê; entre tantos outros exemplos de redes informais que atuam quase de forma invisível para garantir o bem-estar das mulheres.

Nesse grupo, insiro, também, as organizações que tem como finalidade efetivar direitos fundamentais para as mulheres. Um exemplo são as organizações que buscam disseminar informação sobre medicamentos e/ou métodos abortivos, ou que até mesmo fazem a distribuição de tais medicamentos. Em seu trabalho sobre a proibição do misoprostol e a atuação de mulheres em redes para garantir o aborto seguro, Ladyane (2018) afirma que “no contexto brasileiro, as mulheres têm de agir na clandestinidade e ilegalidade para garantir seus direitos fundamentais, rodeadas por uma política sexual do Estado que as coloca em risco” (p.41). Há mulheres que, articuladas em ONGs, formam uma rede de solidariedade global, que transcendem as fronteiras estatais, divulgando medicamentos abortivos, protocolos de uso e oferecem serviços de telemedicina (SOUZA, 2018)

No segundo grupo, insiro mulheres que se organizam a fim de levar demandas das mulheres para instituições estatais, como, por exemplo, sindicatos de mulheres, movimentos feministas, movimentos sociais nos quais as mulheres têm protagonismo e espaços auto-organizados. Neste grupo, chamo a atenção para a luta das trabalhadoras domésticas, que desde 1936, quando Laudelina de Campos Melo fundou a primeira Associação de Empregadas Domésticas em Santos – SP, organizam-se para que tenham seus direitos trabalhistas reconhecidos. (BERNARDINO-COSTA, 2007)

O movimento associativo de trabalhadoras domésticas no Brasil esteve presente em todos os marcos jurídico de garantias trabalhistas do país; mas, apesar das reivindicações das

trabalhadoras domésticas, seus direitos foram historicamente negados e suas lutas invisibilizadas tanto pelo Estado quanto por outros sindicatos, formados majoritariamente por homens brancos. (LOPES, 2017). Esses anos de luta e violência apenas reforçam que “o Direito do trabalho não foi feito para domésticas. Como uma categoria construída majoritariamente por mulheres pobres e negras, representa a antítese absoluta da cidadania ao longo da história nacional” (LOPES, 2017, p.77). Ainda que vítimas constantes do patriarcado e do racismo, as trabalhadoras domésticas vem atuando há décadas como uma rede de mulheres em luta por seus direitos.

É a partir dessas experiências que vemos as PLPs como uma rede de mulheres que busca garantir direitos das mulheres historicamente negados.

#### **4. PROMOTORAS LEGAIS POPULARES COMO UMA REDE DE MULHERES**

O Estado torna-se agente responsável pela violência de gênero quando assume uma postura omissa, ou até mesmo contrária, na busca pela a efetivação dos direitos das mulheres à vida, à segurança, à integridade física e psicológica, aos direitos reprodutivos, ao mercado de trabalho, dentre outros. Ou seja, o Estado atua como um verdadeiro óbice frente a plena realização das mulheres, enquanto detentoras de direitos.

Paralelamente ao Estado, as redes de mulheres operam como agentes auto organizadas para lutar por suas liberdades. Esses movimentos têm o fito de enfrentar o patriarcalismo, o que é um desafio de constante, pois temos como opressor justamente um Estado estruturado pela desigualdade de gênero.

No entanto, é importante criticar também o entendimento coletivo de que é, somente, por meio do Estado, do Direito e das normas positivadas que a emancipação dos direitos femininos acontecerá. Essa visão simplista e reducionista considera a conquista por direitos como um produto advindo necessariamente do Estado. Para Roberto Lyra Filho, faz parte dessa ideologia estatal – logo machista – que somente o que está positivado faça parte do Direito.

Já para o *Direito Achado na Rua*<sup>391</sup>, o Direito emana das demandas sociais, dos movimentos populares, do reconhecimento das lutas de grupo vulnerabilizados, como as redes de mulheres, que são as protagonistas da história do movimento feminista, na qual as PLPs se inserem.

Boaventura de Sousa Santos analisa a desclassificação das lutas de grupos marginais.

---

<sup>391</sup> A expressão “Direito achado na rua” foi cunhada por Roberto Lyra Filho, para nomear – metaforicamente – a concepção emancipatória de Direito e de participação popular, como se de fato surgisse da rua.

O autor considera que é por meio da construção de um espaço dialógico entre os saberes que se pode construir o Direito. Seguindo essa linha de raciocínio, entende-se que não é somente por meio da promulgação de leis que os problemas sociais estariam resolvidos. Assim, o que não faz parte do processo legiferante e acadêmico não deve ser deslegitimado, mas sim abarcado pelo campo jurídico.

Dessa forma, a busca pela emancipação feminina perpassa pela concepção política transformadora da educação jurídica popular de Paulo Freire. O autor, na obra *Pedagogia do Oprimido* traz o entendimento de que é preciso superar a lógica da educação bancária para se desatar dos papéis sociais hierarquizados (FREIRE, 2005, p. 16). A situação histórica de opressão às mulheres deve ser repensada, de forma que seja dado o devido protagonismo e espaço de voz às mulheres, para que, somente assim, possamos reverter essa condição.

Por isso, é importante reconhecer as redes de mulheres como imprescindíveis na luta pela igualdade de gênero. É nesse contexto que as ações afirmativas em gênero têm papel essencial. É onde se insere dentro do próprio contexto do movimento feminista as diversas formas de articulação das mulheres. Por outro lado, é um desafio constante a implementação dessas auto-organizações dos movimentos de afirmação em gênero, frente a um Estado que viola e invisibiliza as mesmas.

As PLPs são um espaço de diálogo e des-construção, na qual diversos temas são compartilhados e repensados a partir de um recorte transversal de gênero, em contraposição a uma produção de conhecimento que historicamente se deu a partir de uma visão masculina que naturaliza a condição opressora suportada pelas mulheres (FONSECA, CUSTODIO, 2015, p. 27-28).

Em 1992, a União de Mulheres de São Paulo e a Themis Assessoria Jurídica e Estudos de Gênero foram responsáveis pela organização e realização de diversas ações políticas na luta pelos direitos das mulheres. A principal demanda das mulheres na época era por creches em São Paulo. Esse movimento teve grande relevância durante a redemocratização do país. Atréadas às outras redes feministas conseguiram apresentar a Emenda Popular pela legalização do aborto, na qual culminou no lançamento de campanhas contra o racismo, o sexismo e a homofobia (TELES, 2015, p. 47-49).

No mesmo ano, ocorreu o Seminário promovido pelo Comitê Latino Americano e do Caribe de Defesa dos Direitos da Mulher, na qual eram debatidos os direitos femininos, oferecidos cursos de capacitação das mulheres, com o objetivo de promover o conhecimento sobre noções de cidadania, justiça e gênero. Foi nesse evento que a Themis e a União de Mulheres de São Paulo tiveram o primeiro contato com a possibilidade de capacitação das

mulheres a respeito dos mecanismos jurídicos para efetivação dos direitos das mulheres, colocando-as para além do estereótipo de vítimas (FOSCARINI, PASINI, ÁVILA, 2011, p. 53-54).

Em 1995, a Themis Assessoria Jurídica e Estudos de Gênero que inaugurou o programa Promotoras Legais Populares, no Rio Grande do Sul, inspirada na experiência vivida no Seminário promovido pelo Comitê Latino Americano e do Caribe de Defesa dos Direitos da Mulher. O projeto foi coordenado também pelo Instituto Brasileiro de Advocacia Pública (IBAP).

Posteriormente, em 1998, teve início a primeira turma de PLPs em São José dos Campos, coordenado pela Dra. Leticia Christina Massula. O curso acontecia no espaço da Universidade do Vale do Paraíba até o ano 2000, seguidamente passou a ser realizado na OAB da região (FOSCARINI, PASINI, ÁVILA, 2011, p. 57).

Com o acúmulo durante os cursos, as ex-alunas começaram a se organizar para espalhar o curso por outras regiões. Foi onde despontou a ideia de criar o Centro Dandara de Promotoras Legais Populares<sup>392</sup>. Em 2001 nasce a associação, com o objetivo de defender e promover os direitos humanos, com foco nas questões de gênero, raça/etnia, desigualdades sociais, para contemplar a diversidade de mulheres (FOSCARINI, PASINI, ÁVILA, 2011, p. 59).

Em 2005, o Centro Dandara participou da campanha “16 dias de Ativismo pelo Fim da Violência Contra as Mulheres”, marcando a presença com a participação de 22 mulheres na campanha em Brasília. No mesmo ano, foi implantado o curso de Promotoras Legais em Ceilândia<sup>393</sup>, puxado pelo Centro Dandara, em parceria com a ONG Ações em Gênero, Cidadania e Desenvolvimento, a Universidade de Brasília e o Ministério Público Federal (DUQUE, WEYL, CACAU, 2011, p. 67).

Em abril deste ano, iniciou-se o curso de formação Promotoras Legais Populares do Distrito Federal, da XIV turma, sob coordenação da professora Bistra Stefanova Apostolova. O curso é constituído pelas mulheres e para as mulheres que estão dentro e fora da Universidade.

---

<sup>392</sup> O Centro Dandara tem como objetivo promover os Direitos Humanos focando as desigualdades decorrentes das relações de gênero, raça/etnia e socioeconômicas, em âmbito nacional. Promover a defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais, meio ambiente, das pessoas com necessidades especiais, habitação popular, urbanismo, saúde e educação. O nome da instituição é uma justa homenagem à uma grande heroína brasileira: Dandara, mulher negra, guerreira do Quilombo dos Palmares que simboliza os ideais de luta por igualdade e liberdade de todas as mulheres.

<sup>393</sup> Região Administrativa do Distrito Federal. Segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), a 45ª cidade mais populosa do Brasil.



Em 2017 surgiu a demanda pelo curso em São Sebastião, uma cidade satélite em Brasília. Atualmente, acontece o II curso de formação das PLPs no Centro de Ensino Médio 01, em parceria com a Casa Frida, o Ministério Público, o Fórum de PLPs e a Fundação Oswaldo Cruz (FIOCRUZ).

Este ano, a partir de diálogos com a Federação Nacional das Trabalhadoras Domésticas (FENATRAD), está sendo construída outra turma de PLPs, focada nas trabalhadoras domésticas. O início do curso está previsto para iniciar no mês de junho deste ano. O curso acontecerá por meio de encontros quinzenais, durante 5 meses. A sua metodologia será inspirada na experiência do Centro Dandara, que propicia o atendimento gratuito direcionado às mulheres, além do Curso de Capacitação Para a Trabalhadora Doméstica.

A metodologia do curso é baseada principalmente na construção horizontal de oficinas temáticas semanais. O curso possui duração de oito meses e seus pilares teóricos norteadores são o Direito Achado na Rua e a Educação Jurídica Popular, a partir de um recorte feminista transversal. O conteúdo do curso abarca diversas questões, dentre elas:

Noções de gênero, vertentes teóricas feministas e movimentos feministas organizados articulados, desigualdade de gênero, de classe, de raça e de orientação sexual, estudo do Direito, da organização e estrutura do Estado e dos instrumentos de participação popular, violência contra a mulher, seus impactos, suas formas de enfrentamento e instrumentos legais de amparo À vítima, exploração e abuso sexual e tráfico de pessoas, normas jurídicas e políticas de direitos humanos, internas e externas, com foco na proteção às mulheres, informações sobre saúde, doenças sexualmente transmissíveis, direito sexual e reprodutivo, proteção à criança, ao adolescente, ao idoso e ao deficiente, direito previdenciário, de família, à educação, ao trabalho, à moradia, à cidade e ao meio ambiente. (DUQUE, Ana Paula; WEYL, L. ; CACAU, L. ; JORGENSEN, N., 2011, p. 69).

A participação no curso é restrita às mulheres. A composição do grupo exclusivamente por mulheres buscar criar um espaço de acolhimento e conforto para que as cursistas e facilitadoras possam assumir espaços de fala que são negados no cotidiano, além de tornar mais fácil a exposição de assuntos mais delicados que são compartilhados pela vivência de ser mulher. O que também consiste numa busca pela solidariedade de gênero, pois o espaço também é voltado para o estabelecimento de vínculos (DUQUE, WEYL, CACAU, 2011, p. 69).

As oficinas ocorrem em ambiente circular e horizontal, visando estimular a troca de conhecimentos de forma não hierarquizada, com o objetivo de todas participarem e contribuírem de forma igual para o debate. A metodologia de aplicação tem caráter multidisciplinar, contando com o emprego de atividades lúdicas, interativas e estimuladoras de sensações e reflexões (DUQUE, WEYL, CACAU, 2011, p. 70).

Durante as oficinas, é proposto ir além das críticas que são dirigidas aos movimentos

feministas, busca-se também considerar as diversidades existentes entre as próprias mulheres. Ademais, entende-se que a difusão dos direitos das mulheres também se trata dos direitos dos homens, tendo em vista que a luta das mulheres é pela liberdade, portanto, a sociedade avança conjuntamente em direção à libertação (SILVA, SOUSA, 2015, p. 15).

O objetivo do curso é se posicionar como uma ação afirmativa em gênero, com o objetivo de desnaturalizar os papéis socialmente impostos às mulheres, por meio do empoderamento da mulher, da sua tomada de consciência enquanto portadora de direitos e protagonista na luta pela emancipação de gênero (APOSTOLOVA, SOUSA, FONSECA, 2015, p. 14).

A forma de educação bancária, cunhada por Paulo Freire, consiste na forma tradicional de conhecimento, na qual a transferência de conhecimento é passada de forma hierarquizada e arbitrária, onde um pólo (detentor do conhecimento) passa sua bagagem acadêmica para o outro (mero receptor do conhecimento). Esta situação é compreendida como opressora (APOSTOLOVA, FONSECA, 2015, p. 35).

A Educação Jurídica Popular visa desconstruir essa lógica, propondo uma prática pedagógica, na qual o conhecimento debatido seja aquele vivenciado pelas pessoas envolvidas na discussão. É nesse contexto que se insere a extensão universitária, como um espaço de construção de conhecimento em constante construção. A ação extensionista é a mais sensível aos impactos sociais (APOSTOLOVA, FONSECA, 2015, p. 37).

Paulo Freire, na obra *Pedagogia do Oprimido*, traz o debate sobre a impossibilidade de um conhecimento neutro, livre das influências do contexto social. Esse marco teórico que auxiliou na consolidação da extensão universitária, a partir do diálogo de saberes, na qual valoriza os saberes existentes para além dos muros da universidade (APOSTOLOVA, FONSECA, 2015, p. 38).

As PLPs incrementam a visão dialógica de extensão universitária quando promove um processo educativo, cultural, político e científico por meio da troca de saberes acadêmico e popular, que culmina justamente na democratização do conhecimento acadêmico e a atuação popular na Universidade (APOSTOLOVA, FONSECA, 2015, p. 39).

Além disso, um dos objetivos da capacitação é ressignificar o entendimento das mulheres cursistas a partir da reflexão de gênero, possibilitando também uma nova leitura da sua formação universitária, enquanto cidadã ativa e preocupada com a luta contra às práticas opressivas. É importante frisar que tal empoderamento não se restringe à esfera individual, mas também diz respeito à promoção de justiça social, bem como uma construção de trajetória social, integrada aos outros sujeitos que compartilha o meio social

(APOSTOLOVA, FONSECA, 2015, p. 39).

Ao final do curso, espera-se que as mulheres cursistas estejam preparadas para difundir e maximizar os direitos das mulheres. Estas mulheres quando formadas recebem o título simbólico de Promotoras Legais Populares. Com o objetivo de propagação de tal conhecimento, as Promotoras organizam o Fórum de Promotoras Legais Populares do DF, onde se debate os temas vistos anteriormente, para fomentar ações concretas, visando a perpetuação e articulação das mesmas (DUQUE, WEYL, CACAU, 2011, p. 71).

O Projeto Promotoras Legais Populares permite o intercâmbio entre conhecimento popular e acadêmico, apresentando-se como espaço legítimo da construção de um Direito consciente e emancipador, propiciando às mulheres que o integram um papel importante de transformação social, inscrita na práxis libertária (TOKARSKI, CARVALHEDO, PERILLO, 2007, p. 119-121).

As PLPs/DF é um importante instrumento de transformação social e de efetivação de direitos das mulheres, enquanto uma rede de mulheres que busca subverter a ordem patriarcal posta socialmente. Para além do empoderamento das participantes do curso, é também um ato revolucionário em busca pela justiça (MENDONÇA, 2016, p. 58).

## 5. CONCLUSÃO

A educação como prática da liberdade tem como base a ideia de que é necessário abandonar a educação bancária, na qual o aluno deve absorver e armazenar o conhecimento, para criar mecanismos de gerar uma “consciência crítica” por parte dos/as mesmos/as. Dialogando com o conceito de Paulo Freire, bell hooks (2013) afirma que

“A educação como prática de liberdade é um jeito de ensinar que qualquer um pode aprender. E esse processo de aprendizado é mais fácil para aqueles professores que também creem que sua vocação tem um aspecto sagrado; que creem que nosso trabalho não é o de simplesmente partilhar informação, mas sim o de participar do crescimento intelectual e espiritual de nossos alunos. Ensinar de um jeito que respeite e projete as almas de nossos alunos é essencial para criar as condições necessárias para que o aprendizado possa começar do modo mais profundo e mais íntimo” (p.25)

Quando a educação é prática da liberdade alunas/os e professores/as são chamados a compartilhar seus sentimentos, vivências, ideias e análises. A aplicação de um modelo holístico de aprendizado - que evidencia a integridade entre mente, corpo e espírito – resulta no de crescimento, também, das as professoras/es, que serão capacitadas e fortalecidas nesse processo. (HOOKS, 2013)

A educação bancária legitima o sistema capitalista, racista e patriarcal, atuando no sentido de mitificar o próprio Direito, construindo uma ideia de que este é um privilégio do qual a classe dominante não abre mão. Como um contraponto, a educação jurídica popular

feminista busca fazer com que as mulheres fortaleçam uma consciência crítica e que percebam sua condição como sujeitos históricos de direitos (FONSECA, 2012). É um processo constante de descolonização do pensamento (HOOKS, 2013).

Ao exercer a educação como prática de liberdade, as Promotoras Legais Populares atuam tanto como uma rede de mulheres que se reúne para criar mecanismos de disputa institucional por direitos fundamentais quanto como uma rede que, ao desconstruir padrões patriarcais de educação e de relações, é o próprio mecanismo de garantia deles. Direito de saber de seus próprios direitos, de ter acesso à informação, ao bem estar, à integridade física e psíquica, à igualdade, à dignidade humana. A liberdade é um direito e a libertação das mulheres é uma prática afetivo-coletivo feminista.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADEGAS, H.S., BARBOSA, B.F., TORRES, F. M. A extensão universitária popular como forma de resistência à academia branca patriarcal. In: III Congreso de Estudios Poscoloniales y IV Jornada de Feminismo Poscolonial – “Interruptiones desde el Sur: habitando cuerpos, territorios y saberes”, 2016, Buenos Aires, Argentina.

APOSTOLOVA, Bistra S.; FONSECA, Livia G. D. Promotoras Legais Populares: subjetividades autônomas e rebeldes também na Universidade. In: Livia Gimenes D. Fonseca; Bistra S. Apostolova; José\ Geraldo de Sousa Junior. (Org.). O Direito Achado na Rua: Introdução Crítica ao Direito das Mulheres. 2ed. Brasília: UnB, 2015, v. 5, p. 35

\_\_\_\_\_. José Geraldo (orgs). Introdução crítica ao Direito das mulheres, vol. 5, 2a edição, 2015. (série O Direito Achado na Rua)

BERNARDINO-COSTA, Joaze. Sindicatos das trabalhadoras domésticas no Brasil: teorias de descolonização e saberes subalternos. 2007. 274 f. Tese (Doutorado em Sociologia) -Universidade de Brasília, Brasília, 2007.

BIROLI, Flávia. O Público e o Privado. In: MIGUEL, Luis F.; BIROLI, Flávia. **Feminismo e política: uma introdução**. São Paulo: Boitempo, 2014. p. 31-46.

COLLINS, Patricia Hill. Comment on Hekman's" Truth and Method: Feminist Standpoint Theory Revisited": Where's the Power?. **Signs: Journal of Women in Culture and Society**, v. 22, n. 2, p. 375-381, 1997.

DUQUE, Ana Paula. WEYL, L.; CACAU, L.; JORGENSEN, N. Promotoras legais populares: repensando direito e educação para o empoderamento das mulheres. *Revista Direito & Sensibilidade*, v. 1, p. 67-, 2011.

HOOKS, Bell. Ensinando a transgredir: a educação como prática de liberdade. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.

FONSECA, Livia Gimenes Dias da. A luta pela liberdade em casa e na rua: a construção do direito das mulheres a partir do projeto Promotoras Legais Populares do Distrito Federal. 2012. 171 f. Dissertação (Mestrado em Direito)—Universidade de Brasília, Brasília, 2012.

FOSCARINI, L. T.; PASINI, E.; ÁVILA, M., G., M. A experiência das Promotoras Legais Populares no Rio Grande do Sul: um olhar sobre a atuação das PLPs em Porto Alegre. In: José Geraldo de Sousa Junior, Bistra Stefanova Apostolova, Livia Gimenes Dias da Fonseca; autores: Adriana Andrade Miranda ... [et al.]. (Org.). Introdução crítica ao direito das mulheres. Série o direito achado na rua. Brasília: CEAD, FUB, 2011, v. 5, p. 53-54.

FREIRE, Paulo. Pedagogia do oprimido. 50. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2011.

FONSECA, Livia G. D; CUSTODIO, C. M. D. Projeto Direitos Humanos e Gênero - Promotoras Legais Populares do Distrito Federal: fundamentos e prática. In: Livia Gimenes D. Fonseca; Bistra S. Apostolova; José\ Geraldo de Sousa Junior. (Org.). O Direito Achado na Rua: Introdução Crítica ao Direito das Mulheres. 2ed.Brasília: UnB, 2015, v. 5, p. 27-31.

J. G.; SILVA; SOUSA, N. H. B. Introdução Crítica ao Direito das Mulheres. In: José Geraldo de Sousa Junior, Bistra Stefanova Apostolova, Livia Gimenes Dias da Fonseca; autores: Adriana Andrade Miranda ... [et al.]. (Org.). Introdução crítica ao direito das mulheres. Série o direito achado na rua. Brasília: CEAD, FUB, 2011, v. 5, p. 15.

MACKINNON, Catharine A. **Are women human?**. Harvard University Press, 2007.

LYRA FILHO, R. O que é Direito. Brasília: Editora Brasiliense, 1982 (Coleção Primeiros Passos, 62.) SOUSA Jr. José Geraldo de. Direito como liberdade: o Direito Achado na Rua. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2011.

LOPES, Juliana Araújo. Mulheres negras moldando o Direito Constitucional do Trabalho brasileiro: a doméstica, o feminismo negro e o Estado Democrático de Direito. 2017. 118 f., il. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito)—Universidade de Brasília, Brasília, 2017.

LUGONES, María. Rumo a um feminismo descolonial. **Estudos Feministas**, v. 22, n. 3, p. 935-952, 2015.

OYĚWÙMÍ, Oyèrónké. Conceituando o gênero: os fundamentos eurocêtricos dos conceitos feministas e o desafio das epistemologias africanas = Conceptualizing Gender: The Eurocentric Foundations of Feminist Concepts and the challenge of African Epistemologies. African Gender Scholarship: Concepts, Methodologies and Paradigms. CODESRIA Gender Series. v. 1. Dakar, CODESRIA, p. 1-8, 2004. Tradução para uso didático de Juliana Araújo Lopes. Disponível em: <[https://filosofia-africana.weebly.com/uploads/1/3/2/1/13213792/oy%C3%A8r%C3%B3nk%C3%A9\\_oy%C4%9Bw%C3%B9m%C3%AD\\_-\\_conceitualizando\\_o\\_g%C3%AAnero.\\_os\\_fundamentos\\_euroc%C3%AAntrico\\_dos\\_conceitos\\_feministas\\_e\\_o\\_desafio\\_das\\_epistemologias\\_africanas.pdf](https://filosofia-africana.weebly.com/uploads/1/3/2/1/13213792/oy%C3%A8r%C3%B3nk%C3%A9_oy%C4%9Bw%C3%B9m%C3%AD_-_conceitualizando_o_g%C3%AAnero._os_fundamentos_euroc%C3%AAntrico_dos_conceitos_feministas_e_o_desafio_das_epistemologias_africanas.pdf)>. Acesso em 25 maio 2017.

RIBEIRO, Djamila. **O que é lugar de fala?**. Letramento Editora e Livraria LTDA, 2018.

SILVA, Denise Ferreira da. À brasileira: racialidade e a escrita de um desejo destrutivo. Rev. Estud. Fem., Florianópolis, v. 14, n. 1, p. 61-83, abr. 2006.

SOUSA, N. H. B. de, COSTA, A. B., FONSECA, L. G. da, e BICALHO, M. de F. O Direito Achado na Rua: 25 anos de experiência de extensão. Participação. Revista do Decanato de Extensão da Universidade de Brasília, ano 10, nº 18, dez. 2010.

SOUZA, Ladyane Katlyn. Aborto sem fronteiras: mulheres que ajudam mulheres. 2018. 55 f., il. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito)—Universidade de Brasília, Brasília,

2018.

TELES, MARIA AMÉLIA DE ALMEIDA. Quase duas décadas de Promotoras Legais Populares no Brasil. In: Livia Gimenes D. Fonseca; Bistra S. Apostolova; José\ Geraldo de Sousa Junior. (Org.). O Direito Achado na Rua: Introdução Crítica ao Direito das Mulheres. 2ed. Brasília: UnB, 2015, v. 5, p. 47-51.

TERRA, M. Cristina; Debate de gênero e de Direitos: o projeto de extensão Promotoras Legais Populares/DF como instrumento de transformação social; 2016; Trabalho de Conclusão de Curso; (Graduação em Direito) - Universidade de Brasília; Orientador: Livia Gimenes Dias da Fonseca.

TOKARSKI, C. P.; CARVALHEDO, Ana Zélia; PERILLO, F.; XAVIER, Hanna ; MIRANDA, Adriana Andrade ; LOSADA, Paula Ravanelli. Projeto Promotoras Legais Populares do Distrito Federal: Troca de conhecimentos rumo a uma educação jurídica emancipatória. In: Alexandre Bernardino Costa. (Org.). A experiência da extensão universitária na Faculdade de Direito da UnB. Brasília: Faculdade de Direito da UnB, 2007, v. 3, p. 119-121.

O Programa de Educação Tutorial (PET) desenvolve-se no âmbito da graduação das Instituições de Ensino Superior (IES) do Brasil, guiando-se pelo princípio da indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão, voltada para a inserção da construção coletiva e interdisciplinar do conhecimento. Pautado pela função pública e social da educação, está diretamente vinculado ao Ministério da Educação e Cultura (MEC) e normativamente regido pelas Portarias nº 976, de 27 de julho de 2010 e nº 343, de 24 de abril de 2013. Neste sentido, o PET Direito da Universidade de Brasília possibilita aos seus PETianos atuar no auxílio à implementação de políticas públicas que visem à inclusão e à equidade voltadas ao direito das minorias e ao estudo de questões étnico-raciais e de gênero, bem como desempenhar o estímulo à qualificação técnica, científica e tecnológica.

## **O PROGRAMA DE EDUCAÇÃO TUTORIAL COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DE UMA UNIVERSIDADE DEMOCRÁTICA**

### **THE TUTORIAL EDUCATION PROGRAM AS AN INSTRUMENT FOR THE CONCRETIZATION OF A DEMOCRATIC UNIVERSITY**

**Érica Fernandes Teixeira<sup>394</sup>**

**Gabriela Romeiro Tito de Morais<sup>395</sup>**

**Isabela Martins Neves<sup>396</sup>**

**Nicolle Wagner da Silva Gonçalves<sup>397</sup>**

#### **RESUMO**

Este trabalho trata do projeto Programa de Educação Tutorial da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília como um espaço de fomento ao tripé universitário – ensino, pesquisa e extensão – atrelado aos valores norteadores do Direito Achado na Rua, da educação jurídica popular e da horizontalidade dos saberes, que estão para além dos muros da Universidade. Também são sinteticamente expostas as atividades realizadas pelo grupo, que demonstram o nosso compromisso com os valores citados anteriormente. Por fim, é analisada a importância do espaço do PET frente aos acontecimentos políticos no âmbito da Faculdade e da Universidade.

**PALAVRAS-CHAVE:** Tripé universitário. Programa de Ensino Tutorial. Faculdade de Direito.

---

<sup>394</sup> Doutora e Mestre em Direito pela PUC Minas. Professora Adjunta da Universidade de Brasília (UnB). Tutora do PET Direito da UnB. Ex professora da PUC Minas e IEC/PUC Minas.

<sup>395</sup> Graduanda em Direito pela Universidade de Brasília (UnB) e integrante do PET Direito da UnB.

<sup>396</sup> Graduanda em Direito pela Universidade de Brasília (UnB) e integrante do PET Direito da UnB.

<sup>397</sup> Graduanda em Direito pela Universidade de Brasília (UnB) e integrante do PET Direito da UnB.

## ABSTRACT

This work deals with the Tutorial Education Program of University of Brasília's Law School as an interactive space which promotes the university tripod – teaching, research and outreach – coupled with values stemming from The Law Found on the Street, from public legal education and from knowledge horizontality, which are beyond the University boundaries. It also exposes the activities accomplished by the group, willing to demonstrate its commitment with the values previously mentioned. Lastly, the whole importance of PET's space is analyzed paired to the current political events within the scope of the Law School and the University.

**KEYWORDS:** University Tripod. Tutorial Education Program. Law School.

## 1. INTRODUÇÃO

O ensino superior público é construído pela hegemonia privilegiada da sociedade, que reproduz uma educação legitimadora da estrutura social injusta e inacessível à maior parte da população. O curso de Direito, por exemplo, é considerado como uma das graduações mais elitizadas, ainda mais quando no contexto de uma universidade pública, por serem poucos os que têm condições de acessá-la ou de permanecer nela.

Com pouco diálogo com a realidade social, os estudantes aprendem a lidar com a população de uma maneira assistencialista, com a “mera prestação de serviço de assistência jurídica” (PEREIRA, 2011, p. 148). Isso porque o ensino jurídico é marcado pelo positivismo, pela codificação e suposta neutralidade.

Contudo, a pedagogia freireana trata da impossibilidade de um conhecimento ser neutro, apartado do contexto social, e foi justamente tal entendimento que auxiliou na consolidação da extensão universitária no ensino público superior.

Assim, espaços como o PET Direito da UnB se tornam imprescindíveis para uma formação universitária transformadora, que atua em contramão ao ensino jurídico tradicional de afastamento da vivência popular.

O PET compartilha e executa o tripé universitário e é pautado pelos princípios da educação popular, pela horizontalidade dos saberes e diálogo com as demandas sociais que estão presentes além dos muros da Universidade e, por isso, pode ser considerado, assim como todas as outras extensões populares universitárias, um ponto fora da curva na lógica da hegemonia pedagógica opressora e reprodutora das injustiças sociais.

O presente trabalho tem como objetivo, portanto, destacar o papel relevante de uma educação pautada no tripé universitário e apontar quais foram as frentes de atuação do PET Direito UnB nos últimos dois anos dentro da Universidade de Brasília. Por fim, busca-se demonstrar como tal atuação é relevante para a construção de uma Universidade mais



democrática, politizada e reflexiva.

## 2. O TRIPÉ UNIVERSITÁRIO

A Constituição de 1988 traz em seu artigo 207<sup>398</sup> o princípio da indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão. Esses elementos são primordiais dentro da construção do projeto de universidade pensada para dialogar com a sociedade.

O chamado “tripé universitário”, portanto, é composto por esses ingredientes que refletem e redefinem o “para quê e para quem deve servir a universidade” (MAZZILLI, 2011), ao se contrapor à ideia tradicional de esta ser o centro de todo o saber acumulado pela humanidade, distante e imparcial em relação à vida das pessoas que não participam do seu espaço.

Nessa lógica, os três pilares devem andar juntos ao serem praticados e fomentados pelos docentes e discentes (da graduação e da pós-graduação): o ensino como a apropriação do conhecimento já produzido (e reflexão crítica deste), a pesquisa como a produção de novos conhecimentos e a extensão como a eliminação de barreiras entre a universidade e a sociedade através de um diálogo horizontal, emancipatório e de constante reflexão. (PEREIRA, 2011)

Importante ressaltar que os elementos do tripé, além de indissociáveis, são igualmente importantes para a construção de uma educação inclusiva e democrática, na medida em que ao se apropriar do conhecimento acadêmico, produzi-lo e trazer o povo (e o conhecimento popular) para dentro da universidade, formam-se sujeitos sociais que dialogam com a realidade, transformam-na e sendo transformados por ela.

Segundo Pereira:

A sociedade passa a ser considerada pela universidade como sua parceira política epistemológica e pedagógica: no escopo de uma relação mutuamente transformante na qual os três pilares formadores da universidade, ensino, pesquisa e extensão, devem atuar juntos na produção de conhecimento benéfico para ambos. (PEREIRA, 2011, p.152)

Entretanto, a verdade é que nem sempre os componentes do tripé têm a mesma relevância no cotidiano da universidade, ao contrário, vê-se que, na maioria das vezes, um deles se sobrepõe aos demais.

No contexto da graduação, é visível que o ensino recebe uma maior atenção por parte de professores e estudantes. Essa característica advém da concepção de educação clássica em que o estudante deve ser o recipiente de todas as informações emitidas pelo educador, que é o detentor do saber.

---

<sup>398</sup> Art. 207. As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão.

Contudo, uma posição passiva dentro do processo educador não causa transformação, ao contrário, é uma perpetuação do conhecimento hegemônico dominante e do sistema vigente, já que não há reflexão e crítica, o que existe é somente a reprodução daquilo que já está posto.

Ainda, esse conhecimento permanece restrito às mesmas classes sociais, tendo em vista que o acesso às universidades é privilégio de somente uma parcela da população. Em resumo, o ciclo do ensino segregador permite que somente o mesmo tipo de pessoa entre na universidade para reproduzir o mesmo conhecimento.

Nesse sentido, a educação, sem a pesquisa e a extensão, pode preparar o indivíduo para disputar postos no mercado de trabalho, mas não o prepara para refletir acerca da estrutura social imposta, para reconhecer privilégios, para ser empático e ser agente transformador de realidades, ou dar espaço para que outros sejam os protagonistas de concretas mudanças.

Nesse ponto, é importante resgatar o conceito de “educação problematizadora” (PEREIRA, 2011, p. 150) cunhada por Paulo Freire que defende a educação como instrumento de superação da injustiça e exclusão social, feita com e para o povo como forma de transformação da realidade social e socialização de um ensino historicamente elitizado.

Para Mazzilli (2011), “a universidade é patrimônio da sociedade como um todo e não apenas da parcela da população que a frequenta”, assim, o tripé universitário tem a função de democratizar o acesso ao conhecimento acadêmico e permitir que o conhecimento popular adentre aos muros da universidade, incorporando “a fala do popular ao processo de construção do conhecimento, o desmistificando, e o re-significando a partir da realidade das classes desfavorecidas historicamente para a liberdade de todos” (PEREIRA, 2011, p. 151).

### **3. O PROGRAMA DE EDUCAÇÃO TUTORIAL**

O Programa de Educação Tutorial (PET), desenvolvido no âmbito da graduação das Instituições de Ensino Superior (IES), guia-se conforme o preceituado pelo tripé universitário, ou seja, pelo princípio da indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão, voltando-se à inserção da construção coletiva e interdisciplinar do conhecimento. Ainda, está diretamente vinculado ao Ministério da Educação e Cultura (MEC) e normativamente regido pelas Portarias nº 976, de 27 de julho de 2010 e nº 343, de 24 de abril de 2013.

De acordo com as disposições que o conduzem, o Programa deverá ser criado segundo o processo seletivo definido em edital pela Secretaria de Educação Superior (SESu) e ser organizado academicamente mediante a constituição de grupos de estudantes da graduação, sob orientação do professor tutor. Institui, além disso, o necessário exercício de atividades que

possibilitem aos estudantes aprimorar seu espírito crítico, sempre pautado pela função social da educação.

Toda sua atuação deve ser pautada no auxílio à implementação de políticas públicas que visem à inclusão e equidade socioeconômica, conforme preceitos constitucionais, o que inclui atenção ao direito das minorias, ao estudo de questões étnico-raciais e de gênero, além do amplo estímulo à qualificação técnica, científica e tecnológica. Apesar de ter passado por várias modificações estruturais e ideológicas ao longo das alterações ocorridas no modelo de Universidade desde sua fundação, o Programa sempre se propôs ao incentivo do engajamento em atividades acadêmicas e extracurriculares, servindo à compreensão ampla e aprofundada por parte dos estudantes de sua área de atuação, e, assim, ao reforço da cidadania e da consciência social.

Segundo o portal do MEC, o Programa, inaugurado, em 1979, pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) e instituído pela Lei nº 11.180, de 23 de setembro de 2005, já conta com 842 grupos distribuídos pelo país. O primeiro grupo PET a ser formado no Brasil, curiosamente, foi o PET Economia da Universidade de Brasília (UnB), que foi, por sua vez, a primeira IES a adotar o Programa.

Ao contrário de uma transmissão passiva de fatos e de informações em sala de aula, o PET visa à estruturação de um saber independente, marcado pela vivência, por reflexões e por discussões, auxiliando no estímulo à participação dos demais alunos da graduação, seja em eventos acadêmicos, seja em pesquisas científicas, seja em debates de textos ou questões relevantes. De maneira geral, o PET deve contribuir para o florescimento da graduação, de modo a ampliar a perspectiva educacional em que a comunidade está inserida.

Nesta perspectiva, o PET Direito da UnB tem se destacado no atendimento às atividades vinculadas ao tripé universitário. Nossas reuniões gerais (RG's) ocorrem semanalmente às terças feiras, às 17 horas, contando com a presença obrigatória de todos os membros. Para otimizar os trabalhos, nosso grupo é estruturado em sete comissões supervisionadas pela tutora, em que cada petiano deve se vincular, pelo menos, a duas delas, a saber: comunicação, integração, financeiro, extensão, acadêmico, logística e eventos e INTERPET. A reunião de cada uma dessas comissões ocorre em dias distintos e as atas são discutidas e publicizadas semanalmente na nossa RG. Tal organização foi essencial para dar dinamismo ao grande número de tarefas a que estamos vinculados.

A Associação Integrada dos Grupos PET da Universidade de Brasília - InterPET – UnB foi criada no ano de 2017, em um contexto de necessidade de valorização institucional do Programa de Educação Tutorial, bem como dos vínculos entre os integrantes dos grupos

PET da Universidade de Brasília. O estatuto da associação sem fins lucrativos prevê direitos e deveres de seus integrantes natos, assim como destaca a necessidade de interação entre os grupos e inclusão das atividades do InterPET UnB no Planejamento e Relatório do Grupo PET, conforme disposição prescrita no inciso V, artigo 5º de seu Estatuto. A associação *INTERPET* conta com dois membros do nosso grupo como seus conselheiros, de acordo com disposto no inciso II, artigo 6º de seu ato constitutivo. Segundo suas normas, as reuniões ordinárias ocorrem quinzenalmente, onde há a presença de pelo menos um conselheiro de cada grupo PET.

Também no ano de 2017, a Universidade de Brasília sediou o XXII Encontro Nacional dos Grupos PET, *ENAPET*, na data de 23 a 30 de julho, que contou com a atuação em conjunto de todos os grupos PET da Universidade de Brasília. O PET Direito foi um dos que participou ativamente do evento. Colaborou na fase de preparação, assim como nas reuniões de formação realizadas no dia 15 e 22 de julho. Durante o evento, atuou na recepção dos petianos externos, oriundos de diversas universidades do país, para o seu cadastramento e, também, em outras demandas que surgiram ao longo dos dias.

Ainda, assessorados pela tutora, os membros do PET Direito exerceram as atividades de relatores dos Grupos de Discussão e Trabalho (GT's), em que foram colhidas opiniões dos diversos estudantes sobre temáticas que tangenciam possíveis melhorias para o programa, como a responsabilidade petiana e a diversidade no contexto dos grupos PET. Após a realização das relatorias, os membros do PET Direito participaram do evento “Diálogos Petianos” que ocorreu no Centro Comunitário Athos Bulcão, na Universidade de Brasília. Ademais, o grupo contribuiu ativamente para a organização do *Mobiliza PET*, ato realizado frente ao Ministério da Educação após diálogo de membros representantes nacionais do PET, com representantes do Ministro da Educação. Tal ato foi importante para destacar as reivindicações geradas internamente pelos grupos e reforçar a consciência da força coletiva.

No final do mês de julho deste ano, o Centro Comunitário Athos Bulcão foi sede da Assembleia Geral do XXII ENAPET, evento obrigatório para todos os membros petianos inscritos no programa. As demandas e debates gerados nos encontros regionais e nos grupos de discussão e trabalho foram apresentadas para discussão e reflexão, resultando em uma série de propostas sujeitas a votação durante a assembléia. Membros do PET Direito se fizeram presentes como organizadores do evento, auxiliando na alocação e estruturação do enorme quantitativo de petianos e suas reivindicações, além de integrar as equipes de organização, apoiando e fomentando as reivindicações tecidas.

O III Mês da Pesquisa do PET DIREITO ocorreu de 24/4 até 12/5/17 e contou com 6

mini-cursos (pesquisa comparada, pesquisa qualitativa, pesquisa jurisprudencial, epistemologia decolonizadora; pesquisa historiográfica, epistemologia feminista), mesa de abertura, apresentação de trabalhos de pesquisas no Fórum de ProICs, Cine-PET e sarau de encerramento. Os professores convidados esclareceram e exemplificaram a utilização de diferentes metodologias de pesquisa.

A pesquisa é um dos pilares da nossa Universidade, e como tal, o Mês da Pesquisa intentou a sua valorização, trabalhando conceitos e difundindo conhecimentos técnicos. Focamos, também, na ampliação da pesquisa voltada para demandas da própria sociedade, ultrapassando as barreiras da Universidade e tendo impactos reais em nossa comunidade, já que vemos nela muitos dos seus alicerces.

Como tema da mesa de abertura *“Pesquisa além dos muros da universidade”*, objetivamos a valorização de modelos de pesquisa não acadêmicos, de conhecimentos que escapem de doutrinas tradicionais, conhecimentos engessados transmitidos na Universidade e a validação de saberes como fontes reais de pesquisa e aprendizado.

Todo o evento foi muito produtivo não só para os membros do nosso grupo, mas para toda a comunidade acadêmica, e se propôs a valorização do plano original de uma Universidade livre, multidisciplinar e integrada.

A difusão de conhecimentos sobre a pesquisa é um evento de grande valia para a academia. Os minicursos foram expostos e buscaram revelar aspectos históricos da UnB, resgatando o papel da universidade pública para a sociedade.

Ademais, o fórum de ProICs (Programa de Iniciação Científica) trouxe uma dimensão bastante plural e horizontal ao nosso mês da pesquisa, expondo os resultados de pesquisas desenvolvidas por alunos em geral, integrando-os aos propósitos de nosso grupo.

Ainda, dedicando-se ao ensino e pesquisa, em coautoria com a tutora, em 2018, foram aceitos trabalhos produzidos por membros do grupo para apresentação em conferência internacional<sup>399</sup>, intitulados "O fluxo internacional de trabalhadores: A globalização e a proteção internacional do cidadão" e "Sobre a Greve: análise das restrições a esse direito fundamental e o uso dos meios virtuais para fortalecimento da consciência coletiva.". Também, das pesquisas resultaram em artigos publicados em revistas, como a Revista do TRT 10 "Afrontas ao pacto constitucional: o trabalho intermitente regulamentado e a flagrante afronta aos direitos trabalhistas no Brasil" e, também, "Trabalho escravo na indústria têxtil: responsabilidade jurídica e desafios advindos da Lei 13.429/2017".

---

<sup>399</sup> <http://www.iassc2018.sinteseeventos.com.br/>

Ademais, temos outras publicações em fase de submissão e tantas outras periódicas publicações em nosso blogue (<https://www.petdireitounb.com/>).

Nesta mesma perspectiva, em parceria com o PET Pol da UnB, foi realizado na UnB o *Congresso do PET Direito e do PET Pol – Golpe, Reformas e Desmonte do Pacto Constitucional*, com o objetivo de discutir a conjuntura política, mais especificamente, as repercussões das propostas das reformas pelo atual governo sobre os direitos políticos e sociais brasileiros. O evento foi composto por palestras ao longo dos meses de setembro e de outubro de 2017, cada uma comprometendo-se a discutir aspectos da reforma, dentre elas a política, a trabalhista e a previdenciária.

Participaram desse evento como palestrantes professores da UnB e também de outras instituições de ensino. Registra-se nossa parceria com o grupo de estudos sobre Financeirização das políticas públicas, da UFRJ, a partir da palestra da profa. Denise Gentil. Neste evento, a Mesa de Abertura, trouxe, como debate, os efeitos do corte de custas para o funcionamento das universidades brasileiras, cuja consideração é ainda atual e extremamente relevante, diante da ameaça de total paralisação da UnB devido à falta de recursos para a continuidade de suas atividades. Este Congresso foi aprovado e reconhecido pelo Decanato de Extensão (DEX), na Faculdade de Direito (FD).

Também, como fruto de nossas reflexões na jornada de estudos do PET Direito, tivemos outro projeto de pesquisa aprovado pelo DEG<sup>400</sup>, com o título: “Programa de assistência estudantil como política de inclusão social: a criação de igualdade de oportunidades e o combate à evasão.” De autoria de petianas e da tutora, o eixo temático explorado foi a avaliação do impacto de programas/políticas de inclusão democrática de alunos na graduação da UnB e ampliação de suas efetividades, abordando e aprofundando os estudos tecidos pelo grupo sobre "Direitos Sociais e Vulnerabilidade" (desde a jornada de estudos do ano de 2016).

No ano de 2018, o PET Direito decidiu ampliar e reforçar a programação de sua Jornada de Estudos, cujo propósito é o de estimular a pesquisa e o ensino sobre a temática eleita pelo grupo. Assim, estão sendo desenvolvidos estudos, pesquisas e exposições sobre “Constitucionalismo Social”, voltados à reflexão sobre os 30 anos da Constituição Federal e 130 anos da Lei Áurea.

Sempre aberto ao público, tal evento é composto por encontros quinzenais, com tema e material básico de estudo previamente disponibilizados nas redes sociais, sendo as discussões aprofundadas em torno de cada sub tema apresentado. Seu principal objetivo é despertar nos

---

<sup>400</sup> edital DEG/DAC N° 11/2017

petianos e em toda comunidade da Faculdade de Direito relevantes questões atinentes aos direitos sociais. Nos anos anteriores, já foram abordados temas relativos às teorias da descolonização, à violência institucional, à saúde mental e vulnerabilidades.

Por fim, está em processo final de elaboração, o livro do nosso programa, cuja composição contou com a contribuição de artigos de nossos membros, em composição individual e coletiva. Para ampliar a diversidade da obra, há também a composição de artigos externos, selecionados por edital, submissão divulgada à comunidade acadêmica em geral, em especial aos estudantes da FD. Recebemos diversos artigos para avaliação e selecionamos 2 artigos externos que comporão o nosso livro intitulado “*Direitos sociais: reflexões e desdobramentos*”.

Versando sobre a temática dos direitos sociais, o livro se propõe a detalhar as implicações específicas da sua afronta no âmbito das esferas penal, constitucional e trabalhista. Com o livro, objetivamos ampliar as pesquisas e publicização de nossa produção acadêmica, demonstrando as discussões e inquietações sociais do grupo. Acreditamos que tal obra será lançada durante nosso congresso a ser realizado em outubro na UnB.

Além de ser um instrumento de publicização das atividades do grupo, o blogue (<https://www.petdireitounb.com/>) é um importante meio de inserção de novos sujeitos e perspectivas teóricas novas à produção do PET Direito, contribuindo, portanto, para uma construção plural e diversificada do saber. A interface com outros grupos e projetos da própria Universidade de Brasília (UnB) também é facilitada pela troca constante de experiências que é possível, em especial, pela utilização das redes sociais, que divulgam as atividades que desempenhamos ao longo do ano.

Tratando especificamente da extensão, em Brasília, existem escolas com ensino voltado para pessoas deficientes, que possuem demandas bem diferentes e pouco atendidas pelo direito. A proposta da extensão é desenvolver diálogos e outras atividades com os alunos do Centro de Ensino Especial 01 (912 SUL) e do Centro de Ensino Especial do Guará.

Já está sendo desenvolvido um trabalho com as famílias, aproximando-as do direito e esclarecendo dúvidas, com o intuito de facilitar o acesso a benefícios e direitos assegurados em nossas legislações. O escopo é informá-las e prestar auxílio para que estas possam ter conhecimento sobre os direitos dos deficientes e seus entes próximos (concessão de benefícios previdenciários, recursos contra indeferimentos; jornadas de trabalhos reduzidas; compra de carros sem imposto; lei de cotas em concursos públicos e empregos celetistas; procedimentos para saque do FGTS, etc).

Na escola da Asa Sul, por exemplo, há um espaço destinado aos representantes dos

deficientes que não tem condições de retornar para suas casas e lá permanecem. Assim, temos a oportunidade de nos relacionar com esses familiares (pais, avós, tios e etc) enquanto estes esperam pelos seus entes.

Ademais, estamos promovendo atividades com auxílio de outros grupos (PET pedagogia e PET psicologia) para que o projeto não se restrinja ao diálogo entre os membros do PET Direito e as escolas.

Trata-se de pessoas com elevado grau de carência não só financeira, mas também, afetiva e que tradicionalmente vivem à margem da sociedade, para quem muitos dos direitos fundamentais ainda são mera expectativa. Pelas nossas visitas, conhecemos uma realidade complicada e, ao mesmo tempo, cativante. As dificuldades encontradas por cada um desses cidadãos com diferentes graus de comprometimento vão desde o acesso à escola (até mesmo pelas características específicas da cidade de Brasília, não planejada para atender cadeirantes) até a dificuldade para nela permanecer, o preconceito social, a ineficácia das políticas inclusivas, a inexistência de cura, as burocracias para obtenção de direitos, etc. tornando-os hipossuficientes em demasia.

O objetivo com os alunos e responsáveis, portanto, é aproximá-los de nós, membros, por meio do diálogo horizontal e inclusivo, e criarmos conjuntamente a conscientização dos direitos do deficiente no Estado Democrático Brasileiro. Estamos desenvolvendo estudos para nos capacitarmos, além de trabalharmos na construção de palestras e cartilhas didáticas e ilustrativas. Nosso trabalho será exposto no “Dia da ação social” que ocorre na escolinha do Guará, permitindo ainda mais a aproximação da sociedade com o nosso projeto.

#### **4. O PET COMO OBJETO DE TRANSFORMAÇÃO DA POLÍTICA UNIVERSITÁRIA**

Como visto, o PET luta para caminhar na direção contrária à da educação bancária<sup>401</sup>, do tecnicismo e do legalismo, baseados no positivismo. A incorporação de uma teoria crítica do Direito busca consolidar entre os estudantes uma postura reflexiva para a função social da educação superior e pública, tornando o ambiente universitário um espaço fértil para a produção de novos saberes.

Desse modo, a produção da educação jurídica deve estar em consonância com a construção social. No entanto, a Universidade não escapa da lógica pedagógica positivista e liberal e, por isso, é possível observar uma busca incessante pela neutralidade do

---

<sup>401</sup> A forma de educação bancária, trazida por Paulo Freire, consiste na forma tradicional de conhecimento, na qual a transferência de conhecimento é passada de forma hierarquizada, na qual se tem um possuidor de conhecimento e outro mero receptor.



conhecimento acadêmico, na qual é prometida a ordenação da sociedade baseada em princípios lógicos e formais (RODRIGUES, DA COSTA, MAIA, QUEIROZ, 2014, p. 71-72).

Contudo, frente à crescente onda de desmonte dos direitos constitucionais, é essencial que não haja espaço para neutralidade, ao contrário, o momento é de defender uma educação emancipadora e que dialogue com a vivência social, dando espaço para que os sujeitos inseridos nessas realidades sejam protagonistas da construção de um conhecimento contra hegemônico.

Em 2016, o Congresso Nacional aprovou a Proposta de Emenda à Constituição 55, que institui o congelamento dos gastos públicos por até 20 anos e o PET Direito foi combativo nas reivindicações contra tal diploma. A qualidade dos serviços básicos, como a saúde e educação, foi diretamente atingida. Conforme nos confirma Paulo Sena, deixar de investir na educação é condenar a sociedade brasileira a uma baixa qualificação<sup>402</sup>.

Nesse sentido, acompanhamos a manifestação do Conselho Universitário da Universidade de Brasília (Consuni/UnB), em novembro do mesmo ano, que aprovou uma nota manifestando preocupação com a PEC 55:

A PEC 55 representa um retrocesso nos direitos garantidos pela Constituição Federal de 1988, inviabiliza a implementação do Plano Nacional de Educação, impacta significativamente o investimento na pesquisa científica e tecnológica brasileira e traz graves prejuízos à educação, ciência e saúde, áreas de fundamental importância para o desenvolvimento do país. As universidades federais representam hoje importante motor do desenvolvimento social, cultural e humano do país e terão sua autonomia fragilizada pelas perspectivas trazidas com a aprovação da PEC 55. A Universidade de Brasília soma-se, portanto, a outras instituições federais de Ensino Superior que já se manifestaram contrárias a esta Proposta de Emenda Constitucional e solidariza-se aos movimentos sociais, estudantis e sindicais que defendem a manutenção do financiamento das políticas públicas para a Educação.

Em todo o país, mais de trezentas escolas, dezenas de institutos federais e por volta de duzentas universidades foram ocupadas. Em assembleia estudantil, no dia 31 de outubro de 2016, com quórum maior que 1400, os estudantes da Universidade de Brasília decidiram ocupar o prédio da Reitoria e o PET Direito acompanhou o movimento. A ocupação foi um ato contra a precarização da Universidade, pelo salário digno do corpo docente, pelo financiamento da pesquisa, pelo estabelecimento de convênios com intercâmbio, pela infraestrutura de qualidade e pelo acesso e permanência do corpo discente que depende da assistência estudantil para estar no espaço universitário.

---

<sup>402</sup> El País. Entenda o que é a PEC 241 (ou 55) e como ela pode afetar sua vida. Disponível em: [https://brasil.elpais.com/brasil/2016/10/10/politica/1476125574\\_221053.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2016/10/10/politica/1476125574_221053.html). Acesso em: 20/05/2018.

Durante a ocupação foram promovidas diversas atividades, como aulas públicas e rodas de conversa sobre temas pertinentes ao contexto educacional e político. O PET Direito prestou auxílio aos seus membros durante a ocupação e esteve presente nas reivindicações e discussões tecidas na UnB.

O Centro Acadêmico de Direito, Gestão Caliandra, à época bastante integrado ao PET, declarou apoio ao movimento *Ocupa* e promoveu na faculdade uma Assembleia Geral Estudantil. No entanto, a maioria do corpo discente presente lamentavelmente decidiu pela não ocupação do prédio da Faculdade. Tendo em vista que estudantes de todo o país aderiram ao movimento, é notório o distanciamento dos alunos de Direito em relação às sérias questões políticas educacionais e, também, em relação aos preceitos freireanos.

São episódios como esse que reforçam o entendimento sobre o resultado de um ensino opressor, moldado pela educação bancária e engessada, contrário aos princípios norteadores da educação jurídica popular, que mostra completa ausência da noção de cidadania e democracia necessária a estudantes de Direito (COSTA, 2014, p. 24).

A PEC 55 prevê vinte anos de congelamento dos gastos. Apesar deste cenário, o Ministério da Educação (MEC) não dialoga com os movimentos contrários ao sucateamento da Universidade. Dessa forma, a Reitoria tem seguido o plano proposto pelo MEC, que pleiteia a demissão dos terceirizados e estagiários; a não abertura de novos editais para a assistência em 2019 e o aumento no preço do Restaurante Universitário, de R\$ 2,50 para R\$ 6,50.

No início deste mês foi realizada pela Comissão Eleitoral do Diretório Central Estudantil uma Assembleia Geral dos Estudantes da Universidade de Brasília, na qual foi aprovada a greve estudantil. Esse fato ocorre em meio à greve dos servidores e terceirizados da UnB, como definido em Assembleia do SINTFUB (Sindicato dos Trabalhadores da Fundação da Universidade de Brasília). Estudantes dos cursos de Psicologia, Letras, Serviço Social, Geografia, Filosofia, Ciências Sociais e Comunicação Social aderiram ao movimento.

Os Centros Acadêmicos ficaram responsáveis por deliberar sobre o assunto com os estudantes de seus respectivos cursos. Atualmente, a Faculdade de Direito está sem gestão para o Centro Acadêmico; logo, a Comissão Eleitoral convocou uma Assembleia Geral Extraordinária. No entanto, não houve aderência o suficiente por parte do corpo discente e o quórum mínimo não foi atingido para decidir qual o posicionamento dos alunos do curso a respeito da greve estudantil. Assim como em 2016, fica clara a apatia política dos estudantes de Direito diante do cenário de precarização da Universidade e afronta aos direitos fundamentais. Nesse sentido, afirma Alexandre Bernardino Costa:

O/a aluno/a do curso de direito tem se tornado insensível no processo de deformação que ocorre ao longo do curso. Chama atenção – daqueles que não estão inseridos no processo educacional do curso jurídico – como um/a aluno/a, ao chegar no início do curso como um/a jovem qualquer de sua idade, independente de seu nível socioeconômico, passa por um processo de transformação no qual, à medida que ele/a avança, vai modificando sua linguagem, suas vestimentas e sua postura corporal (...) O/a futuro bacharel/a inicia um processo de descolamento e de dessensibilização em relação ao contexto social no qual está inserido/a (COSTA, 2014, p.15).

A crítica em relação ao posicionamento dos graduandos em Direito deve ultrapassar o sentido de denúncia. A falta de mobilização deve ser entendida como um comportamento auxiliar para o cenário de desfalque na educação. É nesse contexto que o PET Direito da UnB está inserido, como um instrumento de transformação frente à prática educacional neutra, despolitizada e omissa (COSTA, 2014, p.15), mobilizando-se e desenvolvendo estudos sobre questões sociais relevantes.

Como se vê, o PET é um espaço marcado pela educação horizontal, coletiva e atenta às lutas dos diversos grupos historicamente marginalizados. Busca-se, no projeto, ir além do que está positivado nos códigos descompromissados com a realidade, que servem para a propagação de uma justiça elitizada. Assim, resta demonstrado que o objetivo do grupo é não se contentar com o silêncio da omissão perante as diversas manifestações políticas reivindicatórias na Universidade (RONDON, LOPES, SENRA, 2014, p. 14-15).

## **5. CONCLUSÃO**

Como exposto, o Programa de Educação Tutorial PET Direito da UnB é fortemente comprometido com a promoção de uma universidade democrática, nos moldes previstos em nossa Carta Magna. Sinteticamente, demonstramos nossa atuação em atividades acadêmicas que integram ensino, pesquisa e extensão com forte preocupação com questões sociais, a fim de atender ao compromisso institucional e social que firmamos. A atuação do grupo, através do envolvimento interdisciplinar, horizontal e questionador, consiste em uma tarefa instigante e de fundamental importância, até mesmo para atingir seus nobres objetivos e, também, promover a melhor integração entre os Grupos PET da Universidade de Brasília.

A busca pela melhoria das condições da educação brasileira deve ser feita através de diálogos com questões sociais essenciais em nossa sociedade. Como exposto, a educação tem o poder emancipatório e libertador de romper com a estrutura social vigente. Por isso, a sua prática deve ser problematizada e uniformizada de modo a se utilizar harmonicamente os três pilares do tripé universitário, a fim de fortalecer os instrumentos de acesso à universidade, permitindo que a construção do conhecimento seja realizada com o povo e para o povo. Como

exposto, o PET Direito está em constante construção de seu conhecimento, realizando pesquisas e estudos intra e extra-PET, buscando a valorização de conhecimentos múltiplos e de uma Universidade mais aberta e capaz de cumprir os objetivos a que estamos vinculados.

Os projetos realizados pelo PET Direito são um convite à atuação ativa dos estudantes em questões controversas, abandonando o posicionamento passivo, omissivo e insensível que acomete grande parte dos estudantes. O modelo educacional com o qual contracenamos, repleto de dogmas arcaicos e conceitos ultrapassados, exige que o ensino universitário, assim como a qualidade do meio ambiente educacional, sejam alvo de novos questionamentos e perspectivas. O cenário em que vivemos é crítico e não nos poupa. A sociedade clama por atores sociais comprometidos em mudar a cruel realidade, e a lutar contra as chagas da miséria, da desigualdade e do preconceito. A realidade demanda a superação da inércia, com neutralidade científica, para oportunizar pesquisas e trabalhos de extensão que favoreçam o resgate de direitos fundamentais. O PET Direito mostra-se, desta forma, como um programa diferenciado que contribui ativamente no alcance da excelência na formação acadêmica pela atuação comprometida e responsável de seus membros. A experiência vivenciada no PET permite a criação de uma cultura de cumplicidade e autonomia entre os participantes, propiciando experiências que dificilmente, os alunos, teriam caso se fixassem somente nas atividades curriculares do curso.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

COSTA, Alexandre Bernardino. A educação Jurídica em Questão: A prática do PET- Direito na Universidade de Brasília. In: DEUS GARCIA, Rafael; COSTA, Alexandre Bernardino. (Org.). Quiáltera. 1ed. Brasília DF: Otimismo, 2014, v. 1, p. 14-26.

DEUS GARCIA, Rafael de. ; COSTA, A. C. V. R. ; Carvalho, Fernanda P. ; FONSECA, H. S. ; QUEIROZ, M. V. L. ; GUEDES, Natália ; ARGOLO, Pedro . O Direito, a Cidade e a Prática Extensionista do PET-Direito da UnB. In: DEUS GARCIA, Rafael; COSTA, Alexandre Bernardino. (Org.). Quiáltera. 1ed. Brasília DF: Otimismo, 2014, v. 1, p. 29-60.

MAZZILLI, Sueli. Ensino, pesquisa e extensão: reconfiguração da universidade brasileira em tempos de redemocratização do Estado. RBPAAE-v.27, n.2, p.205-221, maio/ago 2011. Página 208.

PEREIRA, Helayne Candido. Assessoria jurídica universitária popular-AJUP: Aportes históricos e teórico-metodológicos para uma nova práxis extensionista em direito. Revista Direito e Sensibilidade. 1ª Edição. 2011

RONDON, Gabriela; LOPES, João Gabriel; SENRA, Laura; BORGES, Luna. PET-Dir pra quê? In: DEUS GARCIA, Rafael; COSTA, Alexandre Bernardino. (Org.).

Quiáltera. 1ed.Brasília DF: Otimismo, 2014, v. 1, p. 27-28.

El País. Entenda o que é a PEC 241 (ou 55) e como ela pode afetar sua vida. Disponível em: [https://brasil.elpais.com/brasil/2016/10/10/politica/1476125574\\_221053.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2016/10/10/politica/1476125574_221053.html). Acesso em: 20/05/2018.

Psicologia em Greve. O que é o sucateamento das Universidades públicas? Disponível em: <https://www.facebook.com/capsi.unb/>. Acesso em: 20/05/18.

MAZZILLI, Sueli. Ensino, pesquisa e extensão: reconfiguração da universidade brasileira em tempos de redemocratização do Estado. RBPAAE-v.27, n.2, p.205-221, maio/ago 2011. Página 208.