

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 826

(Ano IX)

(04/11/2017)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2017

Conselho Editorial

VALDINEI CORDEIRO COIMBRA (DF) - Coordenador-Geral. Fundador do Conteúdo Jurídico. Mestre em Direito Penal Internacional Universidade de Granda/Espanha.

MARCELO FERNANDO BORSIO (MG): Pós-doutor em Direito da Seguridade Social pela Universidade Complutense de Madrid. Pós-Doutorando em Direito Previdenciário pela Univ. de Milão. Doutor e Mestre em Direito Previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica/SP.

FRANCISCO DE SALLES ALMEIDA MAFRA FILHO (MT): Doutor em Direito Administrativo pela UFMG.

RODRIGO LARIZZATTI (DF/Argentina): Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino - UMSA.

MARCELO FERREIRA DE SOUZA (RJ): Mestre em Direito Público e Evolução Social u, Especialista em Direito Penal e Processo Penal.

KIYOSHI HARADA (SP): Advogado em São Paulo (SP). Especialista em Direito Tributário e em Direito Financeiro pela FADUSP.

SERGIMAR MARTINS DE ARAÚJO (Montreal/Canadá): Advogado com mais de 10 anos de experiência. Especialista em Direito Processual Civil Internacional. Professor universitário.

País: **Brasil**. Cidade: **Brasília – DF**. Endereço: SHN. Q. 02. Bl. F, Ed. Executive Office Tower. Sala 1308. Tel. 61-991773598 ou 61-3326-1789

Contato: editorial@conteudojuridico.com.br
WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SUMÁRIO

COLUNISTA DA SEMANA



03/11/2017 Luiz Flávio Gomes

» [A vergonha é que muda a cultura da corrupção](#)

ARTIGOS

03/11/2017 João Afrânio Montenegro Júnior

» [O princípio da legalidade e a utilização de medidas provisórias em matéria tributária](#)

03/11/2017 Ana Paula Berlatto Fão Fischer

» [A tutela coletiva e o estatuto da igualdade racial](#)

03/11/2017 João Paulo Santos Borba

» [A aplicação subsidiária do direito penal no direito administrativo disciplinar](#)

03/11/2017 Joelson da Silva Gomes

» [Parecer favorável à constitucionalidade do orçamento sigiloso nas contratações no Regime Diferenciado de Contratações Públicas-RDC](#)

01/11/2017 Ana Paula Berlatto Fão Fischer

» [A proteção jurídica do poliamor](#)

01/11/2017 Renato José Ramalho Alves

» [O Estado Brasileiro perante os Acordos Internacionais de Troca de Informações Tributárias](#)

01/11/2017 Luiza Teodoro de Mendonça

» [Reflexos da compensação ambiental no âmbito da responsabilização civil objetiva por dano ocorrido após o licenciamento](#)

31/10/2017 Ana Paula Berlatto Fão Fischer

» [A tutela jurídica do afeto na filiação e o dever de indenizar](#)

31/10/2017 Bruno Betti Costa

» [\(Des\)Necessidade de motivação para dispensa de empregados públicos das empresas estatais: uma análise do instituto acerca da nova jurisprudência do STF](#)

31/10/2017 Lucas Grangeiro Bonifácio

» [Regime jurídico do terceiro na improbidade administrativa](#)

31/10/2017 Sergio Ricardo do Amaral Gurgel

» [A quinta vala: A divina tragédia da traição premiada](#)

30/10/2017 Bruno Betti Costa

» [Em busca da máxima efetividade constitucional: A natureza jurídica dos tratados internacionais sobre direitos humanos frente aos parágrafos 2º e 3º da Constituição da República e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal](#)

30/10/2017 Ana Paula Berlatto Fão Fischer

» [A relevância da prerrogativa de requisição para a concretização dos objetivos do estado democrático de direito](#)

30/10/2017 Maristela Aparecida Dutra

» [A importância do Juizado Especial Cível e a solução de lides na comarca de Perdizes/MG](#)

MONOGRAFIA

31/10/2017 Joelson da Silva Gomes

» [Colisão de direitos fundamentais: A liberdade de imprensa dos programas policiais e o direito à imagem](#)

A VERGONHA É QUE MUDA A CULTURA DA CORRUPÇÃO

LUIZ FLÁVIO GOMES: é professor e jurista, Doutor em Direito pela Universidade Complutense de Madri e Mestre em Direito Penal pela USP. Exerce o cargo de Diretor-presidente do Instituto Avante Brasil. Atuou nas funções de Delegado, Promotor de Justiça, Juiz de Direito e Advogado. Atualmente, dedica-se a ministrar palestras e aulas e a escrever livros e artigos sobre temas relevantes e atuais do cotidiano.

Os aparatos de manipulação da opinião pública difundem que a corrupção é um fenômeno cultural e que nada se consegue fazer contra ela. Isso é uma grande mentira, que tem por objetivo preservar a roubalheira generalizada dos grandes poderosos que dominam o País.

Todo mundo sabe que a corrupção aqui foi implantada sistematicamente com a chegada dos europeus. No dia em que lancei meu livro *O jogo sujo da corrupção* (maio/17), uma jornalista disse que estava impressionada com a atualidade do tema. Eu observei: desde 1500 esse tema é muito atual. Falei isso porque se sabe que a corrupção aqui se tornou sistêmica depois das caravelas de Cabral.

Todos os países que reduziram drasticamente a corrupção nos últimos 50 anos (Hong Kong, Singapura, Ilhas Maurício, Botsuana, Alemanha depois dos anos 90 etc.) combinaram duas coisas: repressão com educação (ensinando, sobretudo, ética).

Mas no plano cultural, além da ética, a grande mudança nos costumes (nas tradições) decorre do sentimento de vergonha. Quando todos nós sentirmos vergonha do “jeitinho” e da corrupção, eles começarão a desaparecer.

Foi a *vergonha* (como diz Kwame Antony Appiah) que historicamente eliminou o duelo (tão corriqueiro nos séculos XVII-XVIII), que libertou os pés das chinesas do grupo han (pés que antigamente eram cruelmente amarrados), que colocou fim na imoral escravidão (sendo o Brasil o último a fazer isso nas Américas, em 1888).

Há duas décadas as pessoas ainda fumavam nas mesas onde se comia. Hoje tornou-se impossível acender um cigarro onde estamos tomando refeições. Esse é mais um exemplo de que os costumes se alteram.

Não é verdade, portanto, que nada se pode fazer para mudar profundamente a cultura da corrupção.

Quando todos sentirmos vergonha da corrupção, da divulgação de fatos que revelem sérios desvios de conduta, do ato da prisão, do processo, da condenação e de eventual encarceramento, com certeza deixaremos de ser o 4º país mais corrupto do mundo (depois da Venezuela, Bolívia e Chade), segundo o Fórum Econômico Mundial (Suíça).

É fundamental que o corrupto sinta vergonha de ser corrupto, sobretudo diante dos filhos, dos parentes, dos amigos, dos conhecidos. É o fim da impunidade dessa delinquência nefasta que começa a gerar vergonha.

Todos temos que ter vergonha, não orgulho, de dizer que “nós não vai (sic) ser preso”, que sintetiza a cultura perversa da impunidade.

A *vergonha* decorrente do império da lei para todos (isso é o correto numa República) constitui ferramenta muito útil para a prevenção da corrupção.

Repressão (iniciada pelo mensalão e pela Lava Jato), educação (ética) e vergonha. Nessa trilogia reside a cura para a cultura do “jeitinho” e da corrupção. Nenhum corrupto pode ter orgulho de dizer que sabe como escapar das consequências da lei.

O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E A UTILIZAÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

JOÃO AFRÂNIO MONTENEGRO JÚNIOR:
Advogado. Graduado em direito pela Universidade de Fortaleza. Pós-graduado em Direito e Processo Tributários pela Universidade de Fortaleza.

RESUMO: O princípio da legalidade tributária determina que somente lei formal pode instituir e majorar tributos. Porém, com a Emenda Constitucional 32/2001, a Constituição Federal de 1988 passou a permitir que medidas provisórias verssem sobre matéria tributária. O presente trabalho procura avaliar a possibilidade de medidas provisórias criarem e aumentarem tributos, em face do princípio da legalidade.

Palavras-chave: Legalidade tributária. Medidas provisórias. Tributos.

ABSTRACT: *Principle of tax legality consists that only the Law can impose or increase a tax. However, according to the Amendment to the Constitution 32 of 2001, the Constitution of the Federative Republic of Brazil 1988 allows that provisional measures deal with tax issues. This work analyzes the possibility of provisional measures institute or increase a tax, regarding to principle of tax legality.*

Keywords: *Tax legality. Provisional measures. Tributes.*

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Princípio da legalidade; 2.1 Legalidade geral e estrita; 2.2 Exceções ao princípio da legalidade tributária; 3 Medida provisória; 3.1 Natureza jurídica e características; 3.2 Outros aspectos relevantes; 4. Medidas provisórias em matéria tributária; 4.1 Medidas provisórias e a matéria reservada à lei complementar; 4.2 Medidas provisórias e tributos em geral; 4.3 Medidas provisórias e impostos extraordinários; 5 Conclusão; Referências.

1. Introdução

O Estado, para ter condições de realizar seus fins, necessita de recursos. Para adquirir tais recursos, a Constituição Federal outorgou-lhe o chamado poder de

tributar, consistente em criar e cobrar tributos (impostos, taxas, contribuições de melhoria, empréstimos compulsórios e contribuições sociais).

No entanto, a mesma Constituição Federal também impôs limitações a esse poder, através dos princípios constitucionais e das imunidades tributárias.

Dentre os princípios de grande destaque é o princípio da legalidade tributária (ou estrita legalidade), presente no art. 150, I, da CF, o qual veda a instituição e o aumento de tributos sem que lei assim o estabeleça.

A lei a qual se refere o dispositivo constitucional mencionado não é apenas lei em sentido material, mas também em sentido formal, devendo ser emanada pelo Poder Legislativo.

O princípio citado veio reforçar o princípio da legalidade contido no art. 5º, II, da CF, o qual não é exclusivo do direito tributário, sendo extensível a todos os ramos do Direito.

Apesar do que determina a o princípio da estrita legalidade/legalidade tributária, a Emenda Constitucional 32/2001 introduziu o § 2º no art. 62, da CF, que permite a criação e majoração de tributos através de medidas provisórias, que são medidas excepcionais editadas pelo Poder Executivo, em caso de relevância e urgência, dotadas de força e eficácia legais.

Dessa forma, de enorme relevância é a discussão acerca da possibilidade de instituição e majoração de tributos por medidas provisórias, em face das limitações ao poder de tributar, especialmente do princípio da segurança jurídica e, especialmente, da legalidade tributária, uma vez que este exige lei em sentido estrito para instituir e aumentar tributos, e as medidas provisórias embora possuam força legal, são leis apenas em sentido material, e não no sentido formal.

Nesse contexto, o presente trabalho busca discorrer acerca dos princípios da legalidade geral (art. 5º, II, da CF) e da legalidade tributária/estrita (art. 150, II, da CF), definindo suas linhas gerais, bem como as exceções ou ressalvas à sua observância. Busca também trazer os principais aspectos relativos ao instituto da medida provisória, definindo sua natureza jurídica e mencionando suas características, bem como analisar a possibilidade de sua utilização na instituição e

majoração de tributos em face do princípio da legalidade tributária, colocando os argumentos trazidos tanto pela doutrina como pela jurisprudência pátrias.

2 Princípio da legalidade

O Estado, para a consecução de seus objetivos, é dotado do chamado poder de tributar. Entretanto, tal poder não é absoluto, uma vez que a Constituição Federal o limita, através das imunidades tributárias e dos princípios constitucionais tributários expressos e implícitos. Dentre os princípios, merece destaque o princípio da legalidade tributária, abordado a seguir.

2.1 Legalidade geral e estrita

Primeiramente cabe destacar o princípio da legalidade geral, previsto no art. 5º, II, da CF, *in verbis*:

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 segurança e à propriedade, nos termos seguintes: II. *Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de Lei.*

Referido princípio, que se estende a todos os ramos do Direito (e não apenas ao Direito Tributário), consiste em garantia fundamental do particular, tendo em vista que a intervenção do Estado em sua propriedade só pode se dar mediante autorização legal.

No entanto, em matéria tributária, o constituinte reforçou o princípio contido no art. 5º, II, da CF ao criar o art. 150, I, da CF, o qual veda a exigência ou o aumento de tributos sem que lei assim estabeleça.

Tal dispositivo constitucional enuncia o chamado princípio da legalidade estrita (ou apenas legalidade tributária), segundo o qual a instituição e majoração de tributos deve se dar através de lei em sentido formal (devendo passar por todo o processo legislativo exigido para sua aprovação), sejam eles impostos, taxas, contribuições sociais etc.

Dessa maneira, é perfeitamente possível dizer que o contribuinte somente pode ser onerado (em matéria tributária) em virtude de lei, não havendo espaço para decretos ou outras espécies normativas o fazerem.

Vale ressaltar que a estrita legalidade também encontra previsão no art. 97 do CTN, que diz expressamente que somente a lei pode estabelecer a instituição ou extinção de tributos.

Ao contrário do que pode parecer, a estrita legalidade não se limita à mera autorização para a cobrança de tributos, devendo a lei que institui ou majore tributos conter todos os aspectos fundamentais para se determinar se o particular deve ou não sofrer a tributação. Nesse sentido, tem-se a lição de Luciano Amaro (2011, p. 134):

O conteúdo do princípio da legalidade tributária vai além da simples *autorização* do Legislativo para que o Estado cobre tal ou qual tributo. É mister que a lei defina, *in abstracto*, todos os aspectos relevantes para que, *in concreto*, se possa determinar quem terá que pagar, quanto, a quem, à vista de que fatos ou circunstâncias. A lei deve esgotar, como preceito geral e abstrato, os dados necessários à identificação do fato gerador da obrigação tributária e à quantificação do tributo, sem que restem à autoridade poderes para, discricionariamente, determinar se 'A' irá ou não pagar tributo, em face de determinada situação. Os critérios que definirão se 'A' deve ou não contribuir, ou que montante estará obrigado a recolher, devem figurar na lei e não no juízo de conveniência e oportunidade do administrador público. (grifos do autor)

Assim, é possível verificar que a legalidade tributária possui maior rigor em relação à legalidade geral, haja vista que a tributação está plenamente vinculada aos ditames da lei (em sentido formal), não abrindo espaço para juízo de valor por parte da autoridade competente. Portanto, pode-se concluir que se trata de uma reserva legal absoluta, que visa dar segurança jurídica ao particular, em face da atuação estatal.

O princípio da estrita legalidade, assim como as demais limitações ao poder de tributar, é garantia fundamental do particular em face da ação estatal. Nesse sentido já decidiu o Supremo Tribunal Federal, como menciona Leandro Paulsen (2010, p. 159):

A CF é clara em seu art. 60, § 4º: ‘Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: ... IV – os direitos e garantias individuais.’ O STF, [...], reconheceu que as limitações constitucionais ao poder de tributar constituem direitos e garantias individuais do cidadão enquanto contribuinte atraindo a incidência do já referido art. 60, § 4º, da CF. [...].

Importa ressaltar que a lei instituidora e majoradora de tributo é, em regra, lei ordinária. No entanto, por expressa disposição constitucional, certos tributos somente podem ser instituídos por lei complementar quais sejam: empréstimos compulsórios (art. 148, da CF), imposto sobre grandes fortunas (art. 103, VII, da CF), impostos residuais (art. 154, I, da CF) e contribuições sociais residuais (art. 195, § 4º, da CF).

Em que pese a regra ser a instituição e majoração de tributos por meio de lei, o texto constitucional traz exceções (ou ressalvas) à estrita legalidade, como explanado a seguir.

2.2 Exceções ao princípio da legalidade tributária

A Constituição de 1988 estabelece ainda algumas exceções (ou ressalvas) ao princípio da legalidade tributária, no tocante à alteração de alguns impostos de competência da União. O art. 153, § 1º, da CF faculta ao Poder Executivo alterar as alíquotas do imposto de importação, do imposto de exportação, do IOF e também do imposto territorial rural.

A justificativa para a possibilidade de alteração das alíquotas dos referidos impostos encontra-se no caráter extrafiscal dos mesmos, uma vez que sua principal função não é a arrecadação de recursos, mas sim estimular ou desestimular certas condutas no intuito de regular a economia. Em razão da dinâmica do mercado, há a necessidade de reação, que muitas vezes deve ser rápida para não desestabilizar a

economia (ao menos não de maneira drástica), o que justifica a previsão do art. 153, § 1º, da CF.

A faculdade dada ao Poder Executivo de alterar as alíquotas dos impostos extrafiscais (regulatórios de mercado) por meio de decreto não é absoluta, uma vez que os limites e condições previamente estabelecidas em lei.

Assim, abordados de forma panorâmica os principais aspectos do princípio da legalidade tributária, será estudado o instituto da medida provisória no tópico subsequente.

3 Medida provisória

A Carta Magna de 1988 extinguiu o instituto do decreto-lei e, para substituí-lo, introduziu no ordenamento jurídico a chamada medida provisória, mais especificamente em seus arts. 59, V e 62.

De acordo com o art. 62, *caput*, da CF, as medidas provisórias podem ser adotadas pelo Presidente da República, em caso de relevância e urgência, devendo submetê-las imediatamente à apreciação do Congresso Nacional.

As medidas provisórias ainda são bastante discutidas em sede doutrinária e possuem, natureza jurídica e características específicas, a seguir delineadas.

2.1 Natureza jurídica e características

As medidas provisórias estão contidas dentre as espécies normativas que compreendem a elaboração do processo legislativo (art. 59, V, da CF).

Ademais, apesar de não serem leis no sentido formal, possuem eficácia e força da mesma, por expressa disposição constitucional (art. 62, *caput*, da CF).

Segundo o professor Uadi Lammêgo Bulos (2007, p. 977) “A cláusula *com força de lei*, [...], põem-nas em estado de equivalência constitucional com as leis, apenas transitoriamente, como decidiu o Supremo Tribunal Federal. (grifo do autor)

As medidas provisórias possuem quatro características, que são a *excepcionalidade, efemeridade, precariedade e o condicionamento*. (grifo nosso)

São excepcionais, uma vez que se originam de ato do Presidente da República no intuito de disciplinar certo assunto, ao passo que o meio normal para regulá-lo é a lei emanada pelo Poder Legislativo.

Mais uma vez tem-se o ensinamento de Uadi Lammêgo Bulos (2007, p. 978), no sentido de que as medidas provisórias “configuram lídima exceção permitida pelo constituinte, que autoriza outro órgão, que não seja o Legislativo, a emitir atos cogentes.”.

São efêmeras, pois possuem caráter temporário, devendo ser convertidas em lei dentro de sessenta dias, prazo este prorrogável por igual período. Caso não ocorra a conversão em lei no prazo máximo de cento e vinte dias, a medida provisória perderá sua eficácia, devendo o Congresso Nacional disciplinar as relações dela decorrentes por meio de decreto legislativo (art. 62, § 3º da, CF).

São precárias, ou seja, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2005, p. 117), [...], podem ser infirmadas pelo Congresso Nacional a qualquer momento dentro do prazo em que deve apreciá-las, [...].

Difere das leis formais, já que estas não dependem de apreciação por parte de outro órgão, e, em regra, vigoram por prazo indeterminado, cessando com sua revogação, apenas seus efeitos futuros (*ex nunc*), enquanto a revogação das medidas provisórias alcança os atos passados (*ex tunc*).

As medidas provisórias são também condicionadas, sendo necessária a existência de dois requisitos, que são a relevância e a urgência. Tais requisitos devem estar presentes simultaneamente, não bastando que a situação se caracterize apenas pela urgência ou apenas pela relevância, caso em que a medida provisória seria inconstitucional.

Vale ressaltar que, embora disponha sobre assuntos relevantes, para a criação de lei (formal), não é necessário o requisito da urgência, exigido no caso das medidas provisórias.

3.2 Outros aspectos relevantes

Além de todo o exposto, vale ressaltar alguns pontos importantes acerca das medidas provisórias.

As medidas provisórias não podem versar sobre matérias reservadas a lei complementar, previstas no art. 62, da CF, *in verbis*:

Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.

§1º É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria:

I – relativa a:

- a) nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral;
- b) direito penal, processual penal e processual civil;
- c) organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros
- d) planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares, ressalvado o previsto no art. 167, § 3º;

II – que vise a detenção ou seqüestro de bens, de poupança popular ou qualquer outro ativo financeiro;

III – reservada a lei complementar;

IV – já disciplinada em projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional e pendente de sanção ou veto do Presidente da República.

Outro detalhe importante é que as medidas provisórias não podem ser reeditadas em uma mesma sessão legislativa, caso tenham sido rejeitadas ou perdido sua eficácia em razão do decurso de prazo (art. 62 § 10, da CF).

Importa ressaltar também que, os Governadores de Estado e do Distrito Federal, assim como prefeitos municipais, em face do princípio da simetria, podem editar medidas provisórias, desde que as constituições estaduais e leis orgânicas dos Municípios (e do Distrito Federal) autorizem expressamente, respeitados todos os preceitos previstos na Constituição Federal.

Traçados alguns aspectos fundamentais para o entendimento do instituto da medida provisória, será discutida a seguir a possibilidade (ou não) de a mesma instituir ou majorar tributos.

4 Medidas provisórias em matéria tributária

Não é de hoje que a doutrina debate acerca da utilização das medidas provisórias em matéria tributária, especialmente após a Emenda Constitucional 32/2001 introduzir o § 2º dentro do art. 62, da CF.

Muito se questiona se a instituição e majoração de tributos através de medida provisória não afrontariam aos princípios da anterioridade e da legalidade.

A seguir buscar-se-á debater a questão em face do princípio da legalidade, abordando tanto os pontos de vista doutrinários bem como o posicionamento atual em sede jurisprudencial.

4.1 Medidas provisórias e a matéria reservada à lei complementar

Como já mencionado anteriormente, os empréstimos compulsórios, os impostos residuais, as contribuições residuais e o imposto sobre grandes fortunas somente podem ser instituídos e majorados por meio de lei complementar.

No que diz respeito aos empréstimos compulsórios e aos impostos residuais, tem-se a lição de Roque Antonio Carrazza (2009, p. 301):

[...], se o Presidente da República criar ou aumentar empréstimos compulsórios ou impostos residuais a União por meio de medidas provisórias, cairá por terra o objetivo da Constituição Federal de exigir que estes tributos sejam aprovados pela maioria absoluta dos congressistas. Tais medidas provisórias ‘criariam’ ou ‘aumentariam’

empréstimos compulsórios e impostos residuais da União sem a observância do art. 69 da Lei Maior.

Como se vê, não tem qualquer fundamento a utilização de medidas provisórias para instituir ou aumentar empréstimos compulsórios e impostos residuais.

Em relação às contribuições sociais residuais, aplica-se o mesmo raciocínio dos impostos residuais, por força do art. 195, § 4º, da CF, ou seja, devem ser criadas e aumentadas apenas por lei complementar.

Além do mais, como já colocado anteriormente, matérias reservadas à lei complementar não podem ser objeto de medidas provisórias, não havendo que se falar também em criação ou aumento de imposto sobre grandes fortunas (art. 153, VII, CF).

4.2 Medidas provisórias e tributos em geral

Muito se questiona se é possível a majoração e criação de tributos por medidas provisórias.

Antes de iniciar o debate, cabe ressaltar que o Supremo Tribunal Federal atualmente entende ser possível a criação de tributos. Nesse sentido, vale colocar aqui a ementa de acórdão da Suprema Corte citado por Eduardo Sabbag (2009, p. 46):

EMENTA: Recurso extraordinário.2.Medida provisória.Força de lei.3.A Medida Provisória, tendo força de lei, é instrumento idôneo para instituir e modificar tributos e contribuições sociais.Precedentes.4.Agravo regimental a que se nega provimento. (STF, 2º T., AI-AgR 236.976/MG – rel. Min. Néri da Silveira – j. 17-08-1999)

O que se pode ver é que o argumento da Corte Excelsa é basicamente o de que a medida provisória tem força de lei, sendo, portanto meio hábil a instituir, bem como alterar tributos.

Com a devida vênia, tal entendimento, é no mínimo questionável, uma vez que ter força de lei não significa ser lei, e, como é cediço, em matéria tributária o

princípio da legalidade se traduz em uma reserva de lei em sentido estrito, ou seja, de lei que passa por todo o processo legislativo, o que não ocorre com as medidas provisórias, que são criadas pelo Poder Executivo. Reforçando este posicionamento, Luciano Amaro (2011, p. 200) afirma que “[...]; c)[...] a Constituição exige *lei* para a criação de tributos, e, por isso, não admitiria a medida provisória, que não é lei.” (grifo do autor)

Em suma, embora as medidas provisórias sejam dotadas de força de lei ordinária, o princípio da legalidade tributária exige lei ordinária (em regra) formal, que deve passar por todo o processo legislativo definido pela Constituição Federal, ou seja, deve ser uma lei editada pelo Poder Legislativo.

Portanto pode-se concluir que a possibilidade de instituição e majoração de tributos por medida provisória configura afronta direta ao princípio da estrita legalidade (ou legalidade tributária).

Ademais, pelo fato de as medidas provisórias não serem emanadas pelo Poder Legislativo, tem-se que há também uma afronta ao princípio da separação de poderes. Portanto, a Emenda Constitucional 32/2011 especificamente no que se refere à instituição e alteração de tributos por medida provisória é materialmente inconstitucional. Sobre o tema ensina Roque Antonio Carrazza (2009, p. 289):

[...], obtemperamos que tal Emenda Constitucional, na parte atinente às medidas provisórias, afronta o princípio da legalidade tributária e, por via de conseqüência, a autonomia e interdependência do Poder Legislativo. Viola, pois, a *cláusula pétrea* do art. 60 § 4º, III, da CF, que estabelece que nenhuma emenda constitucional poderá sequer tender a abolir a separação dos Poderes.

Dessa forma é possível verificar que, a criação e aumento de tributos por medida provisória não se coadunam com os preceitos contidos na Constituição em vigor. Do contrário, de nada valeria o comando do art. 150, I, da CF, que veio para reforçar o princípio da legalidade geral contido no art. 5º, II, da CF, limitando a ação estatal aos comandos de lei formal, garantindo (juntamente com os demais princípios) a tão almejada segurança jurídica.

Vale ainda destacar que por expressa disposição constitucional (art. 59, da CF), leis ordinárias e medidas provisórias são espécies normativas diferentes.

Por questões didáticas, no subtópico seguinte será abordada especificamente a possibilidade de instituição e aumento dos impostos extraordinários mediante medidas provisórias.

4.3 Medidas provisórias e impostos extraordinários

Os impostos extraordinários encontram previsão expressa no art. 154, II, da CF, são de competência da União e podem ser instituídos no caso de guerra externa ou sua iminência, devendo ser suprimidos gradativamente, cessadas as causas de sua criação.

Ressalte-se que tais impostos podem ser cobrados no dia seguinte ao da publicação da lei, uma vez que não precisam respeitar o princípio da anterioridade.

Em razão de seu caráter excepcional e da relevância do evento previsto no dispositivo constitucional (guerra), os impostos extraordinários podem ser cumulativos, bem como ter alíquota e base de cálculo próprias de outros impostos. Acerca do assunto explica Hugo de Brito Machado (2009, p. 349):

As hipóteses de incidência desses impostos extraordinários podem ser livremente estabelecidas pelo legislador, que pode extrapolar a competência tributária da União, inclusive invadir a competência tributária dos Estados e dos Municípios. A Constituição Federal não descreveu o âmbito de incidência desses impostos, outorgando absoluta liberdade ao legislador ordinário, [...].

Pode-se observar que o legislador tem ampla liberdade na instituição do imposto extraordinário de guerra, tudo em razão da importância do assunto. No entanto, existe divergência doutrinária acerca da possibilidade de criação desses impostos *por meio de medidas provisórias*. (grifo nosso)

Parcela da doutrina defende que seria possível sua criação pelo veículo da medida provisória. Nesse sentido afirma Sacha Calmon Navarro Coelho (2010, p. 2010):

Pois bem, com espeque na relevância e urgência é que deduzimos o cabimento de medidas provisórias em sede de tributação em apenas dois casos, [...]. Friso: [...], poderia se cogitar no uso de medidas provisórias para A) criação de impostos extraordinários de guerra; [...].

Embora em casos de guerra se possa vislumbrar a relevância e urgência, pressupostos estes que ausentes tornam as medidas provisórias inconstitucionais, tal argumento não parece ser suficiente para sustentar sua edição para criar impostos extraordinários.

Roque Antonio Carrazza (2009, p. 299) sustenta que “[...] a Constituição concedeu ao Presidente da República um instrumento muito mais expedido e eficiente para cuidar desses tributos: a decretação do *estado de sítio*, [...]” (grifo do autor)

Portanto, segundo o autor, na vigência de estado de sítio, decretado em razão de guerra poderia haver a criação de impostos extraordinários, tornando sem sentido sua instituição por medidas provisórias.

No entanto, referido argumento se mostra precário, pois, embora pareça mais lógica a instituição de tais impostos durante o estado de sítio, esta possibilidade por si só não exclui a de eventual edição de medida provisória para tratar dos mesmos (embora pareça uma medida inócua).

Na verdade, por todo o exposto até aqui, é possível observar que a instituição do imposto previsto no art. 154, II, da CF é precedida de um evento relevante e urgente (que seria a guerra), tornando possível sua criação e cobrança pelo veículo da medida provisória (a princípio).

Porém, não se pode esquecer que o mesmo não está isento de obedecer ao princípio da legalidade tributária, que exige lei ordinária formal para sua instituição e majoração.

Embora a guerra seja um evento urgente e relevante, tais características, por si só, são insuficientes para justificar sua criação e aumento por medidas provisórias. Caso não seja assim (como efetivamente não é em razão do entendimento do

Supremo Tribunal Federal), estar-se-á diante de uma atenuação injustificada que irá gerar enorme insegurança jurídica para os particulares.

5. Conclusão

O Estado é dotado do Poder de Tributar, expressamente outorgado pela Constituição Federal. No entanto, a mesma Constituição estabelece limites expressos e implícitos.

Dentre as limitações ao poder de tributar, uma das mais importantes é o princípio da legalidade tributária (ou estrita legalidade), que determina que somente a lei em sentido formal (em regra lei ordinária e excepcionalmente lei complementar) pode instituir e majorar tributos, não cabendo às demais espécies normativas versarem sobre os mesmos.

Entretanto, a Emenda Constitucional 32/2011 introduziu o § 2º ao art. 62 da CF, que autoriza a criação e o aumento de tributos por meio de medidas provisórias (desde que respeitado o princípio da anterioridade), o que, em tese, viola a legalidade tributária.

Mesmo diante do que determina o citado princípio, o Supremo Tribunal Federal decidiu no sentido de que medidas provisórias podem instituir e majorar tributos, sob o argumento de que possuem força de lei.

Porém, o assunto no âmbito doutrinário ainda é questionado, tendo em vista que medidas provisórias, apesar de possuírem força de lei, não são leis em seu sentido formal.

Tendo em vista que o princípio da estrita legalidade exige lei em sentido formal para a instituição e majoração de tributos, caso medidas provisórias o façam, estar-se-á diante de violação ao princípio da separação dos Poderes, previsto no art. 60, § 4º, III, da CF, uma vez que as mesmas, ao contrário da lei formal, não são editadas pelo Poder Legislativo (exigência constitucional em matéria tributária), mas sim pelo Poder Executivo.

Outra discussão relevante é a possibilidade de criação e aumento de impostos extraordinários por medidas provisórias, levando em conta que os mesmos podem ser cobrados em caso de guerra externa ou sua iminência, que se caracterizam como

situações urgentes e relevantes, pressupostos de admissibilidade das medidas provisórias.

Por mais que o evento guerra seja dotado de relevância e urgência, pressupostos para a criação de medidas provisórias, os impostos extraordinários, tais como os demais, devem obrigatoriamente obedecer ao princípio da legalidade tributária, ou seja, devem ser instituídos e também aumentados somente por lei ordinária não apenas em sentido material, mas também em sentido formal.

Por todo o exposto, é possível concluir que a autorização para criação e majoração de tributos por medidas provisórias é incompatível com os preceitos basilares contidos na Constituição Federal, o que faz concluir também que o § 2º do art. 62, da CF, introduzido pela Emenda Constitucional 32/2001 é inconstitucional.

Ademais, com a devida vênia, o entendimento da Corte Suprema abriu um precedente perigoso, uma vez que mitiga de forma indevida o princípio da legalidade tributária contido no texto constitucional, gerando insegurança jurídica para o particular que poderá sofrer ônus tributários sem que os mesmos advenham de lei formal.

Nessa linha de pensamento, a interpretação mais coerente, levando em conta o princípio da estrita legalidade como uma das limitações ao poder de tributar é a de que não é possível a criação e a majoração de tributos através de medidas provisórias editadas pelo Poder Executivo.

Referências

AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

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

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 19. São Paulo: Malheiros, 2005.

PAULSEN, Leandro. **Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

A TUTELA COLETIVA E O ESTATUTO DA IGUALDADE RACIAL

ANA PAULA BERLATTO FÃO FISCHER:
Advogada. Com mestrado na Universidade de Barcelona em Direito Civil. Cursando Pós-Graduação de Direito Constitucional da LFG. Pós-graduação em Direito de Família na Universidade de Barcelona. Graduada em Direito na PUCRS.

RESUMO: A igualdade estabelecida no texto constitucional como um direito fundamental, ainda que assegurada formalmente, não foi o bastante para combater a desigualdade social e discriminação sofrida pela população negra. Sensível a tal realidade social, editou-se o Estatuto da Igualdade Racial (Lei Federal n.º12.228) em uma tentativa de regulamentar os direitos fundamentais e sociais dos grupos sociais raciais e étnicos, bem como estabelecer um plano de atuação para compensar o prejuízo histórico e cultural sofrido pela população negra, e, ao mesmo tempo, garantir-lhe o acesso em igualdade de oportunidades a todas as esferas da vida comum através de políticas públicas efetivas na luta pela causa.

Palavras-chave: Desigualdade social – Discriminação racial – Racismo – Igualdade material – Igualdade de reconhecimento – Políticas Públicas – Ações afirmativas – População negra.

Sumário: Introdução. 1. Da igualdade em seus aspectos formal, material e de reconhecimento. 2. A tutela coletiva e o Estatuto da Igualdade Racial (Lei n.º12.228). Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

É certo que a Constituição Federal de 1988 garante, em diversos momentos de seu texto, a igualdade racial, iniciando-se ao proclamar como fundamentos da República Federativa do Brasil a cidadania e a dignidade humana (atr. 1º, II e III, da CF), constituindo-se como seus objetivos a promoção do bem de todos sem preconceito de origem, raça, cor e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV, da CF), repudiando o racismo como um de seus princípios (art. 4º, VIII, da CF), assegurando a igualdade perante a lei em direitos e obrigações (art. 5º, “caput”, I, da CF), criminalizando a prática de racismo como crime inafiançável e

imprescritível (art. 5º, XLII, da CF), estabelecendo, ainda, a proibição de diferenças salariais, de exercício de funções e critérios de admissão em função da cor (art. 7º, XXX e 39, §3º, da CF).

Diante da proteção constitucional acerca da vedação à desigualdade racial, poder-se-ia supor que a Carta Magna seria suficiente para igualar o direito de todos os cidadãos independentemente da sua raça, entretanto a realidade social demonstra que estamos muito longe de atingir uma igualdade material, de modo a reconhecer as mesmas oportunidades e distribuição de riquezas e poder a todos, não havendo dúvida que nosso ordenamento jurídico tutela muito mais uma igualdade formal do que material e de reconhecimento.

Desta forma, fez-se necessária a edição da Lei n.º12.228/2010 como forma de apresentar uma nova perspectiva dos direitos sociais já conhecidos, trazendo diretrizes e políticas focadas na população negra no âmbito da educação, saúde, esporte, lazer, cultura de modo a combater a intolerância étnica, bem como criar circunstâncias que eliminem efetivamente a desigualdade social a que os negros estão submetidos de modo a garantir-lhe as mesmas oportunidades que os demais em todos os aspectos da vida comum.

1. DA IGUALDADE EM SEUS ASPECTOS FORMAL, MATERIAL E DE RECONHECIMENTO

O princípio da igualdade veda a hierarquização entre indivíduos e a consagração de diferenças sem que haja fundamento razoável para tal, emitindo um comando de neutralização de injustiças econômicas, sociais e históricas para que haja respeito às diferenças em uma sociedade inclusiva, justa, solidária e igualitária.

A igualdade pode ser verificada em três dimensões distintas. A primeira delas é a igualdade formal que proíbe a existência de tratamentos discriminatórios e de privilégios, consolidando-se como um comando ao aplicador da lei, na esfera tanto judicial como administrativa, quanto à forma em que as normas são interpretadas e aplicadas, bem como ao legislador quando da elaboração da lei, estando prevista no art. 5º, “caput”, da CF.

A igualdade material consiste em garantir, de fato, o mesmo tratamento e oportunidades a todos, de forma a garantir a redistribuição de riqueza e poder a

todos os membros da sociedade, independentemente de sua origem étnica, assegurando a justiça social através do art. 3, I e III, da CF/88. Para tanto, impõe-se não apenas a garantia de direito em leis e atos normativos, mas a efetivação de prestações positivas através de políticas públicas adequadas em matérias como saúde, educação, moradia, trabalho, saneamento básico. Neste viés é que se fundamentam as ações afirmativas.

Por último, verifica-se a igualdade de reconhecimento que corresponde ao respeito para com as minorias, sua identidade e diferenças, inclusive raciais. As desigualdades devem ser combatidas através da transformação cultural e simbólica de modo a aproximar as pessoas através do respeito as suas diferenças, igualando suas oportunidades, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV, da CF/88).

Observa-se que todas as dimensões do princípio da igualdade são imprescindíveis para conquistar uma igualdade racial em uma sociedade aberta às diferenças, que esteja disposta a exterminar os resquícios históricos e culturais de estigmatização e preconceito consolidados no país para permitir uma real inclusão social de todos os cidadãos para que obtenham as mesmas oportunidades.

2. A TUTELA COLETIVA E O ESTATUTO DA IGUALDADE RACIAL (LEI 12.228/10)

O Estatuto da Igualdade Racial (Lei n.º12.228/10) tem o objetivo de garantir à população negra a efetivação da igualdade de oportunidades, a defesa de direitos étnicos individuais, coletivos e difusos e o combate à discriminação e às demais formas de intolerância étnica (art. 1).

Esta Lei distinguiu os conceitos de discriminação racial, desigualdade racial, desigualdade de gênero e raça, bem como definiu a população negra como o conjunto de pessoas que se autodeclaram pretas e pardas ou adotam autodefinição analógica (art. 3º, parágrafo único). Assim, este diploma normativo elegeu como critério a autodeclaração racial.

O diploma normativo em comento estabeleceu instrumentos de tutela coletiva dos direitos relacionados à igualdade racial, o que favorece uma proteção mais ampla, eficaz e célere, já que permite a defesa de tais direitos não apenas na

esfera individual, mas também coletiva através dos legitimados para agir em sua proteção.

Em primeiro lugar, o art. 1º, parágrafo único, V, da Lei n.º12.228/10 reconheceu o manejo de políticas públicas para combater a desigualdade racial, configurando-se como as ações, iniciativas e programas adotados pelo Estado no cumprimento de suas atribuições institucionais. Desta forma, a população negra possui expressamente o direito subjetivo de exigir a elaboração, promoção e concretização de políticas públicas que combatam a discriminação e a desigualdade racial de forma a pleitear que o Estado garanta a igualdade de oportunidades e participação nas atividades políticas, econômicas, empresariais, educacionais, culturais e esportivas (art. 2º), o que, sem dúvida, somente é possível através no planejamento estatal de atuação e inclusão de políticas públicas de desenvolvimento econômico e social (art. 4º, I).

Uma importância ferramenta que se constitui como política pública são os programas de ação afirmativa que se configuram como medidas especiais adotadas pelo Estado e pela iniciativa privada para a correção das desigualdades raciais e para a promoção da igualdade de oportunidades (art. 1º, parágrafo único, VI, da Lei n.º12.228/10), que devem permitir, com prioridade, a participação da população negra, em condições de igualdade de oportunidade, em todos os aspectos da vida econômica, social, política e cultural do país como forma de enfrentamento das desigualdades étnicas, destinando-se a reparar as distorções e desigualdades sociais e demais práticas discriminatórias adotadas, nas esferas pública e privada, durante o processo de formação social do País ((art. 4º, II, VII e parágrafo único da Lei n.º12.228/10).

Desta maneira, o combate à discriminação e desigualdade racial deve se dar com a associação de uma estratégia repressiva-punitiva (punir, proibir e eliminar), mas também com políticas compensatórias, como as ações afirmativas, para acelerar o processo de inclusão social e igualdade de fato da população negra, aliviando um passado marginalizado e discriminatório, e, ao mesmo tempo, fomentando a transformação social através de políticas públicas efetivas.

É certo que as ações afirmativas são medidas temporárias, em que sua existência deve perdurar pelo tempo necessário ao alcance de sua finalidade, devendo ser extinta quando conquistadas as igualdades material e de

reconhecimento a que pretendem. A política de cotas é um exemplo de ação afirmativa, necessária para fomentar a inclusão da população negra em algumas searas sociais em que se verifica ser ela a minoria, já que não conseguiu conquistar seu espaço em virtude dos processos históricos de exclusão e estigmatização que não permitiu o seu acesso em determinados lugares de ascensão social, como na educação e no trabalho de formação intelectual.

No âmbito do Estatuto da Igualdade Racial, há mandamento que o poder público adote programas de ações afirmativas na seara da educação (art. 15). Nesta toada, a Lei Federal n.º 12.711/2012 estabeleceu algumas regras de cotas raciais e sociais no ingresso nas universidades e cursos técnicos federais.

Quanto ao mercado de trabalho, é de responsabilidade do poder público a inclusão da população negra no mercado de trabalho, promovendo ações que assegurem a igualdade de oportunidades nas contratações do setor público e nas organizações privadas (art. 38 e 39 da Lei n.º 12.228/10). A fim de atingir tal objetivo, a Lei Federal n.º 12.990/2014 reservou aos negros o percentual de 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federais, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União, mediante autodeclaração.

A Lei n.º 12.990/2014 atende aos três planos de igualdade anteriormente mencionados, pois a demanda por compensações históricas não foi solucionada com a existência de cotas para acesso às universidades públicas devido ao tempo necessário para que esses indivíduos concluam sua formação e posteriormente encontrem trabalho compatível, sendo necessárias medidas de inclusão efetivas e atuais no mercado de trabalho para integrar, desde já, aqueles que não têm as mesmas oportunidades laborais.

O STF manifestou-se pela constitucionalidade do sistema de cotas no serviço público e do critério da autodeclaração, sob a justificativa de que se deve respeitar as pessoas tal como elas se percebem. Entretanto, a Corte também considerou possível um controle heterônomo por parte da Administração Pública para evitar o abuso na utilização da ação afirmativa.

Neste sentido, colaciono a decisão proferida em controle de constitucionalidade pelo Supremo:

Direito Constitucional. Ação Direta de Constitucionalidade. Reserva de vagas para negros em concursos públicos. Constitucionalidade da Lei nº 12.990/2014. Procedência do pedido. 1. É constitucional a Lei nº 12.990/2014, que reserva a pessoas negras 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal direta e indireta, por três fundamentos. 1.1. Em primeiro lugar, a desequiparação promovida pela política de ação afirmativa em questão está em consonância com o princípio da isonomia. Ela se funda na necessidade de superar o racismo estrutural e institucional ainda existente na sociedade brasileira, e garantir a igualdade material entre os cidadãos, por meio da distribuição mais equitativa de bens sociais e da promoção do reconhecimento da população afrodescendente. 1.2. Em segundo lugar, não há violação aos princípios do concurso público e da eficiência. A reserva de vagas para negros não os isenta da aprovação no concurso público. Como qualquer outro candidato, o beneficiário da política deve alcançar a nota necessária para que seja considerado apto a exercer, de forma adequada e eficiente, o cargo em questão. Além disso, a incorporação do fator “raça” como critério de seleção, ao invés de afetar o princípio da eficiência, contribui para sua realização em maior extensão, criando uma “burocracia representativa”, capaz de garantir que os pontos de vista e interesses de toda a população sejam considerados na tomada de decisões estatais. 1.3. Em terceiro lugar, a medida observa o princípio da proporcionalidade em sua tríplice dimensão. A existência de uma política de cotas para o acesso de negros à educação superior não torna a reserva de vagas nos quadros da administração pública desnecessária ou desproporcional

em sentido estrito. Isso porque: (i) nem todos os cargos e empregos públicos exigem curso superior; (ii) ainda quando haja essa exigência, os beneficiários da ação afirmativa no serviço público podem não ter sido beneficiários das cotas nas universidades públicas; e (iii) mesmo que o concorrente tenha ingressado em curso de ensino superior por meio de cotas, há outros fatores que impedem os negros de competir em pé de igualdade nos concursos públicos, justificando a política de ação afirmativa instituída pela Lei nº 12.990/2014. 2. Ademais, a fim de garantir a efetividade da política em questão, também é constitucional a instituição de mecanismos para evitar fraudes pelos candidatos. É legítima a utilização, além da autodeclaração, de critérios subsidiários de heteroidentificação (e.g., a exigência de autodeclaração presencial perante a comissão do concurso), desde que respeitada a dignidade da pessoa humana e garantidos o contraditório e a ampla defesa. 3. Por fim, a administração pública deve atentar para os seguintes parâmetros: (i) os percentuais de reserva de vaga devem valer para todas as fases dos concursos; (ii) a reserva deve ser aplicada em todas as vagas oferecidas no concurso público (não apenas no edital de abertura); (iii) os concursos não podem fracionar as vagas de acordo com a especialização exigida para burlar a política de ação afirmativa, que só se aplica em concursos com mais de duas vagas; e (iv) a ordem classificatória obtida a partir da aplicação dos critérios de alternância e proporcionalidade na nomeação dos candidatos aprovados deve produzir efeitos durante toda a carreira funcional do beneficiário da reserva de vagas. 4. Procedência do pedido, para fins de declarar a integral constitucionalidade da Lei nº 12.990/2014. Tese de julgamento: “É constitucional a reserva de 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública direta e indireta. É legítima a

utilização, além da autodeclaração, de critérios subsidiários de heteroidentificação, desde que respeitada a dignidade da pessoa humana e garantidos o contraditório e a ampla defesa”.

(ADC 41, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 08/06/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-180 DIVULG 16-08-2017 PUBLIC 17-08-2017).

Outro mecanismo importante que surge para proteger aqueles que sofrem de mais de um tipo de vulnerabilidade, como o racial e de gênero, é a obrigação assumida pelo Estado de atender às mulheres negras em situação de violência, garantida a assistência física, psíquica, social e jurídica (art. 1º, parágrafo único, III, e 52, parágrafo único, da Lei 12.228).

Da mesma forma para combater a dupla vulnerabilidade que acomete parte da sociedade e da manifesta seletividade que permeia as ações de investigação e punição estatais conforme demonstram os índices oficiais do país, o Estado implementará ações de ressocialização e proteção da juventude negra em conflito com a lei e exposta a experiências de exclusão social, além de adotar medidas especiais para coibir a violência policial incidente sobre a população negra (art. 53, “caput” e parágrafo único, da Lei n.º12.228).

Além das medidas extrajudiciais, a tutela coletiva do Estatuto da Igualdade Racial pode se dar judicialmente através da propositura de Ação Civil Pública conforme dispõe o art. 55 da Lei n.º 12.228/10: *“Para a apreciação judicial das lesões e ameaças de lesão aos interesses da população negra decorrentes de situações de desigualdade étnica, recorrer-se-á, entre outros instrumentos, à ação civil pública, disciplinada na Lei n.º 7.347/85”*.

Ademais, a Lei Federal n.º 12.966/2014 alterou a Lei de Ação Civil Pública para incluir, no rol exemplificativo do art. 1º, que pode ser objeto da referida ação coletiva a defesa à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos (art. 1º, VII, da Lei n.º7.347/85). A Lei de Ação Civil Pública ainda refere entre um dos legitimados para propor a ação as associações que incluam, entre suas finalidades

institucionais, a proteção aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos (art. 5º, V, “b”).

A proteção da tutela coletiva também ocorre quando o Estatuto da Igualdade Racial assegura às vítimas de discriminação étnica o acesso à Defensoria Pública e ao Ministério Público (art. 52 da Lei n.º12.2280), ambos legitimados ativos para propor ações coletivas, ou, ainda, para defender extrajudicialmente os direitos raciais.

CONCLUSÃO

Não há dúvida que os direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal seriam suficientes para impedir qualquer ação política, social, econômica, cultural discriminatória contra a população negra, já que tais direitos são dotados de aplicação imediata (art. 5º, §1º, da Constituição Federal).

Entretanto, a discriminação e o preconceito em nosso país prejudicou historicamente a inclusão social e a ascensão da população negra em alguns setores da sociedade, como em universidades, cargos públicos, meios de comunicação, entre outros em virtude da marginalização que este grupo social foi submetido ao longo dos anos, impedindo a concretização de uma igualdade material entre todos os membros da sociedade, já que é evidente não existir uma igual redistribuição de riqueza, poder e oportunidades que permita a integração do negro em todos os âmbitos da vida comum.

Desta maneira, fez-se imprescindível a edição do Estatuto da Igualdade Racial, sensível à realidade de exclusão que permeia os grupos raciais e étnicos, de modo a tornar mais incisiva a causa de combate à discriminação e desigualdade social, regulamentando pormenorizadamente os direitos fundamentais e sociais da população negra em todos os âmbitos da vida comum, determinando a implementação de medidas de ações afirmativas e políticas públicas que compensem o prejuízo histórico, social e cultural causado, objetivando a inclusão das vítimas de desigualdade étnico-racial, a valorização da igualdade étnica e o fortalecimento da identidade nacional brasileira.

É certo que apenas mais um diploma normativo não é suficiente, por si só, para garantir a luta pela inclusão social da população negra, porém é mais uma

ferramenta que a sociedade e os agentes públicos de atuação na causa dispõem para exigir a efetivação dos direitos e das políticas públicas necessárias ao combate da desigualdade racial.

Portanto, é preciso coragem, seriedade e responsabilidade perante a luta da população negra, para que a lei não se torne letra morta, mas permita a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, sem desigualdades sociais, que favoreça o bem comum de todos sem preconceito de qualquer espécie, pois somente assim se alcançará os objetivos da Constituição Federal e do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Carlos Eduardo Rios do. **Estatuto assegura a efetivação da igualdade**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2010-ago-02/estatuto-igualdade-racial-assegura-defesa-direitos-etnicos>. Acesso em: 26.10.2017

GOMES, Marcos Vinicius Manso Lopes. **Ponto a Ponto – Direitos Difusos e Coletivos**. Coleção Defensoria Pública. São Paulo: Saraiva, 2017.

JESUS, Vinicius Motta de. **Do silêncio ao estatuto da igualdade racial: os caminhos da igualdade no direito brasileiro**. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-12022014-112336/pt-br.php#?>. Acesso em: 27.10.2017.

MOTTA, Ricardo Cavalcante. **Perspectivas jurídicas, cíveis e criminais quanto à discriminação racial**. Revista Jurídica UNIJUS. vol. 8. n. 9. Universidade de Uberaba. Uniube: Minas Gerais, 2005.

STF. ADC 41, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 08/06/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-180 DIVULG 16-08-2017 PUBLIC 17-08-2017.

A APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO DIREITO PENAL NO DIREITO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

JOÃO PAULO SANTOS BORBA:

Advogado da União. Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco. Pós-Graduado em Direito Civil e em Direito Público. Pós-Graduando em Direito Público pela Universidade de Brasília.

RESUMO: O presente estudo versa sobre a possibilidade de aplicação subsidiária das normas de direito penal na seara disciplinar. Inicialmente, é apresentada uma singela exibição sobre o expressivo número de servidores públicos civis ativos no Poder Executivo Federal, assim como o quantitativo de penalidades expulsivas impostas no período de 2003 a 2017, confirmando a crescente relevância do direito administrativo disciplinar no sistema jurídico pátrio. Em seguida, aborda-se a possibilidade de aplicação analógica da legislação penal nas hipóteses de omissão da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, no aspecto funcional-disciplinar. Posteriormente, é abordada a teoria do diálogo das fontes como fundamento para suprir as lacunas existentes no âmbito disciplinar. Por fim, é apresentada conclusão no sentido de que não existe óbice jurídico na aplicabilidade das normas e princípios de direito penal no direito administrativo disciplinar, desde que haja compatibilidade.

Palavras-chave: Direito Administrativo Disciplinar. Normas de direito penal. Possibilidade de aplicação.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Aplicação analógica da legislação penal; 3. Utilização da teoria do diálogo das fontes; 4. Considerações finais.

INTRODUÇÃO

Conforme dados publicados no sítio eletrônico do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, o quantitativo de servidores públicos civis ativos no Poder Executivo Federal é de aproximadamente um milhão e duzentos mil^[1].

No período de 2003 a 2017, foram aplicadas seis mil, quinhentas e trinta e seis punições expulsivas no Poder Executivo Federal, consoante as informações coletadas no sítio eletrônico do Ministério da Transparência e da Controladoria-Geral da União[2].

Logicamente, a aplicação das penalidades disciplinares expulsivas (demissão, cassação de aposentadoria e destituição de cargo comissionado) e das punições de advertência e de suspensão decorrem do descumprimento do disposto na Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.

Em razão do expressivo quantitativo de agentes públicos federais é uma constante a apuração de condutas relacionadas à inobservância das regras existentes na Lei nº 8.112, de 1990, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.

No entanto, o aplicador do direito, não raro, é obrigado a suprimir as lacunas existentes no direito administrativo disciplinar mediante a utilização do conjunto normativo do sistema jurídico pátrio.

Deste modo, a abordagem da viabilidade jurídica na utilização supletiva das normas e princípios do direito penal em decorrência das omissões do direito administrativo disciplinar possui relevância singular.

APLICAÇÃO ANALÓGICA DA LEGISLAÇÃO PENAL

O direito administrativo disciplinar tem por objetivo precípuo regular a relação jurídica existente entre os servidores públicos ativos e a Administração Pública, fixando penalidades em razão do descumprimento dos deveres e das proibições previstas na legislação.

Os seguintes ensinamentos doutrinários assim definem o poder disciplinar da Administração Pública, *in litteris*:

Poder disciplinar é o que cabe à Administração Pública para apurar infrações e aplicar penalidades aos servidores públicos e demais pessoas sujeitas à disciplina

administrativa; é o caso dos estudantes de uma escola pública.

(DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014.)

Somente os servidores públicos e outras pessoas que colaborem com a Administração Pública, de que seria exemplo uma empresa contratada, sujeitam-se ao poder disciplinar do Estado.

(FURTADO, Lucas Rocha. Curso de direito administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2007).

O Poder Disciplinar trata da atribuição pública de aplicação de sanções àqueles que estejam sujeitos à disciplina do ente estatal. Com efeito, é o poder de aplicar sanções e penalidades, apurando infrações dos servidores ou outros que são submetidos à disciplina da Administração, ou seja, a todos aqueles que tenham vínculo de natureza especial com o Estado, como é o exemplo daqueles particulares que celebraram contratos com o Poder Público. A função deste poder é sempre aprimorar a prestação do serviço público punindo a malversação do dinheiro público ou atuação em desconformidade com a lei.

Sendo assim, a doutrina costuma apontar que o Poder Disciplinar pode decorrer do Poder Hierárquico, haja vista tratar-se a hierarquia de uma espécie de vinculação especial, mas também pode decorrer dos contratos celebrados pela Administração Pública, sejam regidos pelo direito público ou pelo direito privado.

(CARVALHO, Matheus. Manual de Direito Administrativo. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2015)

Conforme foi mencionado alhures, a Lei nº 8.112, de 1990, disciplina o regime jurídico dos servidores públicos civis na Administração Pública direta e indireta,

sendo certo que a referida legislação é omissa em diversos assuntos de natureza funcional-disciplinar.

Diante desse contexto e considerando as lacunas do referido diploma legal, o operador do direito pode aplicar subsidiariamente os princípios e as normas de direito penal no caso concreto a ser analisado pela Administração Pública.

Com a finalidade de corroborar os argumentos acima apresentados, cumpre colacionar os seguintes argumentos doutrinários sobre a aplicação subsidiária de preceitos do direito penal na seara disciplinar, *ipsis verbis*:

(...)

Lívia Maria Armentano K. Zago igualmente defende a aplicabilidade, no processo administrativo disciplinar, além dos consectários das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, dos princípios de direito penal: da verdade material, da indisponibilidade e da retroatividade da legislação mais benigna.

Ensina o juiz de direito e professor universitário português Carlos Alberto Conde da Silva Fraga, em seu livro originário de sua tese de doutorado perante a Universidade Espanhola de Sevilla, que se aplicam, na Espanha, como corolário do princípio da legalidade, a aplicação dos princípios de direito penal e processual penal ao direito administrativo sancionador, a fim de salvaguardar os direitos fundamentais decorrentes do princípio da segurança jurídica, trazendo a lume, por oportuno, o disposto no art. 25.1. da Constituição Espanhola: “Ninguém pode ser condenado ou sofrer sanções por actos ou omissões que no momento da sua prática não constituam crime, contravenção ou infracção administrativa, segundo a legislação vigente nesse momento”.

(...)

Julgou o Tribunal Supremo da Espanha, depois de assentar que se aplica ao direito administrativo disciplinar o princípio da legalidade da lei penal e a proibição de interpretações extensivas, consigna: “Sendo o regime disciplinar de carácter quase penal em que regem os mesmos princípios informadores que neste, como os da tipicidade, imputabilidade e culpabilidade. Também tem de aplicar-se o princípio da retroactividade da lei penal mais favorável”.

(...)

Sob outro ângulo, os doutrinadores referendam a incidência de diversos preceitos do direito penal na via do processo administrativo disciplinar e da sindicância. Por sinal, Régis Fernandes de Oliveira defende a aplicabilidade das causas excludentes de ilicitude do Código Penal (art. 23) na esfera administrativa, com o efeito de exclusão da falta disciplinar, inclusive por causa supralegal discriminante, com a invocação do disposto no art. 4º, da Lei de Introdução ao Código Civil: “O juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito”. (CARVALHO, Antônio Carlos Alencar. Manual de processo administrativo disciplinar e sindicância: à luz da jurisprudência dos Tribunais e da casuística da Administração Pública. 5. ed. rev. atual. Belo Horizonte. Fórum, 2016.)

A relação de simetria do direito administrativo disciplinar e o direito penal pode ser vislumbrada nos seguintes ensinamentos de Nelson Hungria, que esclarece a inexistência de distinção ontológica entre o ilícito administrativo e o ilícito penal, *in litteris*:

"A ilicitude é uma só, do mesmo modo que um só, na essência, é o dever jurídico. Dizia BENTHAM que as leis são divididas apenas por comodidade de distribuição: todas podiam ser, por sua identidade substancial, dispostas 'sobre um mesmo plano, sobre um só mapa-mundi'. **Assim, não há**

como falar-se de um ilícito administrativo ontologicamente distinto de um ilícito penal. A separação entre um e outro atende apenas a critérios de conveniência ou de oportunidade, afeiçoados à medida do interesse da sociedade e do Estado, variável no tempo e no espaço. Conforme acentua BELING a única diferença que pode ser reconhecida entre as duas espécies de ilicitude é de quantidade ou de grau, está na maior ou menor gravidade ou imoralidade de uma em cotejo com a outra. O ilícito administrativo é um minus em relação ao ilícito penal. Pretender justificar um discrimine pela diversidade qualitativa ou essencial entre ambos, será persistir no que KUKULA justamente chama de 'estéril especulação', idêntica à demonstração da quadratura do círculo." (Grifei)

(HUNGRIA, Nelson. Ilícito Administrativo e Ilícito Penal. In: Seleção Histórica da RDA (Matérias Doutrinárias Publicadas em Números Antigos de 1 a 150), Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, p. 15, 1945-1995.)

Mister se faz lembrar que o art. 4º do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, com redação dada pela Lei nº 12.376, de 30 de dezembro de 2010, estabelece que na hipótese de omissão da lei é possível a aplicação da analogia, *in verbis*:

Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Não obstante o referido texto fazer referência expressa ao termo "juiz", tem-se que o referido comando legal é dirigido a todo aplicador do direito, inclusive à Administração Pública no exercício do poder disciplinar.

Com efeito, diante da lacuna da Lei nº 8.112, de 1990, a Administração Pública pode utilizar de forma analógica normas existentes na legislação penal na apuração de responsabilidade disciplinar de servidor público.

Em virtude da necessidade de permitir uma melhor compreensão do instituto jurídico da analogia, convém transcrever os seguintes argumentos doutrinários, *in verbis*:

A analogia é a aplicação de uma norma próxima ou de um conjunto de normas próximas, não havendo uma norma prevista para um determinado caso concreto. Dessa forma, sendo omissa uma norma jurídica para um dado caso concreto, deve o aplicador do direito procurar alento no próprio ordenamento jurídico, permitida a aplicação de uma norma além do seu campo inicial de atuação.

(...)

A analogia pode ser assim classificada, na esteira da melhor doutrina:

Analogia legal ou legis – é a aplicação de somente uma norma próxima, como ocorre nos exemplos citados.

Analogia jurídica ou iuris – é a aplicação de um conjunto de normas próximas, extraíndo elementos que possibilitem a analogia.

(TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil: volume único. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense? São Paulo: MÉTODO, 2017.)

Por fim, apenas para ilustrar, é possível citar que as hipóteses de exclusão de ilicitude (estado de necessidade, legítima defesa e estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito), previstas no art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, com redação dada pela Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984 (Código Penal Pátrio), podem ser aplicadas no direito administrativo disciplinar, tendo em vista a lacuna da Lei nº 8.112, de 1990, no particular.

UTILIZAÇÃO DA TEORIA DO DIÁLOGO DAS FONTES

Além dos argumentos acima apresentados, é imperioso consignar que o ordenamento jurídico pátrio deve ser compreendido como um conjunto único de normas e princípios.

Conseqüentemente, os diversos ramos do direito integram o sistema jurídico como um todo, conforme explicita os fundamentos que embasam a teoria do diálogo das fontes.

A mencionada teoria do diálogo das fontes sustenta que o ordenamento jurídico deve ser interpretado de forma holística, *in verbis*:

A tese do diálogo das fontes foi desenvolvida na Alemanha por Erik Jame, professor da Universidade de Helderberg, trazida ao Brasil por Cláudia Lima Marques, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. A essência da teoria é que as normas jurídicas não se excluem – supostamente porque pertencentes a ramos jurídicos distintos –, mas se complementam. Como se pode perceber há nesse marco teórico, do mesmo modo, a premissa de uma visão unitária do ordenamento jurídico.

(TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil: volume único. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense? São Paulo: MÉTODO, 2017.)

O seguinte excerto de julgado do Superior Tribunal de Justiça - STJ assim aborda a aplicabilidade da teoria do diálogo das fontes no sistema jurídico pátrio, *in verbis*:

(...)

2. Diante desse quadro, abram-se parênteses para ponderar que o Direito deve ser compreendido, em metáfora às ciências da natureza, como um sistema de vasos comunicantes, ou de diálogo das fontes (Erik Jayme), que permita a sua interpretação de forma holística. De fato, a divisão do Direito em ramos serve para fins apenas didáticos e metodológicos, e não para ilhar determinados fatos da vida a algumas das normas jurídicas, em exclusão das demais, como se não se tratasse de um todo. Deve-se buscar, sempre, evitar antinomias, ofensivas que são aos princípios da isonomia e da segurança jurídica, bem como ao próprio ideal humano de Justiça.

(Superior Tribunal de Justiça – STJ, AgRg no REsp 1483780/PE, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 23/06/2015, DJe 05/08/2015.)

Portanto, a utilização da teoria do diálogo das fontes confere amparo jurídico na utilização do conjunto normativo vigente para solucionar controvérsia apresentada, independentemente da natureza da relação jurídica.

Com fundamento na referida teoria, é factível asseverar que a Administração Pública, diante das lacunas existentes no direito administrativo disciplinar, pode aplicar a legislação penal, no que for pertinente, tendo em vista a similitude existente entre os citados ramos do direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante os argumentos acima articulados, afigura-se que em razão das lacunas existentes na Lei nº 8.112, de 1990, notadamente no que se refere ao aspecto funcional-disciplinar, o operador do direito deve buscar solução para o caso concreto analisado à luz do sistema jurídico pátrio.

É imperioso destacar que o sistema jurídico pátrio prevê a utilização da analogia como meio para dirimir eventual ausência de normas específicas sobre determinado assunto, sendo certo que a teoria do diálogo das fontes esclarece que o ordenamento jurídico deve ser compreendido de forma holística.

Face ao exposto e considerando a omissão da legislação administrativa, não subsiste dúvida que os princípios e institutos do direito penal podem ser utilizados de forma subsidiária e por analogia, para solucionar o caso concreto enfrentado pela Administração Pública no exercício do poder disciplinar em face de servidor público.

REFERÊNCIAS:

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

BRASIL. Lei n. 8.112, 11 de dezembro de 1990. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8112cons.htm>.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm >.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm>.

CARVALHO, Antônio Carlos Alencar. Manual de processo administrativo disciplinar e sindicância: à luz da jurisprudência dos Tribunais e da casuística da Administração Pública. 5. ed. rev. atual. Belo Horizonte. Fórum, 2016.

CARVALHO, Matheus. Manual de Direito Administrativo. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2015

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014

ENÂNCIO, Denilson Marcondes. Non bis in idem e as sanções administrativas, por improbidade e penal. Revista Trimestral de Direito Público – RTDP, Belo Horizonte, n. 61, 2015

FURTADO, Lucas Rocha. Curso de direito administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil: volume único. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense? São Paulo: MÉTODO, 2017.

NOTAS:

[1] Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/assuntos/gestao-publica/arquivos-e-publicacoes/BEP>.

[2] Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/assuntos/atividade-disciplinar/relatorios-de-punicoes-expulsivas/arquivos/punicoes-junho-2017-estatutarios.pdf>

PARECER FAVORÁVEL À CONSTITUCIONALIDADE DO ORÇAMENTO SIGILOSO NAS CONTRATAÇÕES NO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS-RDC

JOELSON DA SILVA GOMES: Faculdade Metropolitana da Grande Recife (Localizada no Município de Jaboatão dos Guararapes) e Pós graduação em direito constitucional: Faculdade de Estudos Administrativos de MG (instituto Elpídio Donizete) Localizada em Belo Horizonte-MG.

RESUMO: Trata-se de parecer favorável à constitucionalidade do orçamento sigiloso no regime diferenciado de contratações públicas - RDC.

RELATÓRIO

O presente parecer tem por objetivo sustentar a viabilidade constitucional de utilização do orçamento sigiloso nas contratações no Regime Diferenciado de Contratações Públicas-RDC.

FUNDAMENTAÇÃO

Fundamento Constitucional das Licitações Públicas

O fundamento constitucional das contratações públicas encontra-se plasmado no texto da Carta Republicana de 1988, em seu art. 37, XXI, conforme abaixo transcrito:

ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Assim, tendo em vista a salvaguarda da coisa pública, um dos principais baluartes da forma republicana de governo, o constituinte originário prescreveu a necessidade de observância do procedimento licitatório como pressuposto das contratações públicas. Com efeito, ressalvados determinados casos previstos em lei, em rol taxativo, ressalte-se, o administrador público deverá realizar procedimento licitatório, a fim de que seja possível a contratação de obras, serviços, compras, entre outras utilidades para o Poder Público.

Nesse sentido, posiciona-se José dos Santos Carvalho Filho:

[..] a Constituição também enunciou o princípio da obrigatoriedade de licitação. No art. 37, XXI, estabelece que, fora os casos expressos em lei, “as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes.” Diante de semelhante princípio, não pode a Administração abdicar do certame licitatório antes da celebração de seus contratos, salvo em situações excepcionais definidas em lei. (CARVALHO FILHO, JOSÉ DOS SANTOS., MANUAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO. 25. Ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2012., p. 235).

Acerca do tema, o autor cita como exemplo importante decisão do Supremo Tribunal Federal:

Por tal motivo, já se decidiu ser inadmissível lei de unidade federativa em que se permita que pequenas empresas pagassem seus débitos tributários através de dação em pagamento de materiais para a Administração, e isso porque a aquisição desses bens demanda obrigatoriamente licitação prévia nos termos do art. 37, XXI, da Constituição.

STF, ADI 1917/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, em 26.4.2007 (Informativo STF 464, abr. 2007). O foco da decisão foi a Lei nº 1.624/1997, do Distrito Federal.

Breve análise da Lei Geral de Licitações Públicas-LGLP e a previsão de obrigatoriedade de prévia publicidade editalícia da estimativa orçamentária

A Lei 8.666/93 surgiu no intuito de concretizar o comando constitucional previsto no art. 37, XXI, da Constituição Federal de 1988.

Assim, a Administração pública, além da sujeição ao citado dispositivo, deverá observar alguns princípios constitucionais insculpidos no caput do art. 37 da Carta Republicana, no intuito de resguardar o interesse público, corolário do princípio republicano.

Nesse sentido, a Lei Geral de Licitações Públicas, em seu art. 3º, reproduziu o princípio constitucional da publicidade (art. 37, caput, da CF), nos seguintes termos:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da **publicidade**, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. (grifo nosso)

Assim, como forma de subsidiar os licitantes com informações para a elaboração de suas propostas, a lei 8.666/93, traz a previsão de prévia divulgação editalícia dos orçamentos:

Art. 40. O **edital** conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e **indicará, obrigatoriamente**, o seguinte: (grifos nossos)

[...]

§ 2º Constituem anexos do edital, dele fazendo parte integrante:

[...]

II - **orçamento estimado** em planilhas de quantitativos e preços unitários; (grifos nossos)

[...]

Observa-se a obrigatoriedade no que toca à publicidade em anexos do edital, de estimativa orçamentária para o objeto a ser licitado.

Contudo, é importante frisar que um dos objetivos da Licitação é selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública, como meio apto a resguardar o interesse público.

Com efeito, para que a proposta escolhida seja, de fato, a mais vantajosa, faz-se necessária a utilização de mecanismo que viabilize tal anseio. Ao que tudo indica, o RDC trouxe instrumento inovador apto a concretizar esse objetivo.

Regime Diferenciado de Contratações Públicas-RDC e o orçamento sigiloso

A lei 12.462/2011 trouxe importantes inovações na seara das Licitações Públicas. Conforme Rafael Oliveira (2017, p. 203), o Regime Diferenciado de Contratações Públicas surgiu “como o principal objetivo de alterar as regras tradicionais de Licitação, notadamente para as contratações relativas aos eventos esportivos (Copa do Mundo de 2014 e Olimpíadas de 2016).”

Segundo o autor, a constitucionalidade da referida lei vem sendo questionada, além de no meio acadêmico, também no STF. Dentre os vícios de conteúdo apontados, encontra-se a possibilidade de restringir a publicidade do orçamento previamente estimado para a contratação (orçamento sigiloso), em suposta ofensa aos princípios da publicidade e da moralidade.

Nesse diapasão, vejamos a referida previsão legal da Lei do RDC:

Art. 6º Observado o disposto no § 3º, o **orçamento previamente estimado para a contratação será tornado público apenas e imediatamente após o encerramento da licitação**, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas. (grifos nossos)

[...]

§ 3º Se não constar do instrumento convocatório, a informação referida no caput deste artigo **possuirá caráter sigiloso** e será disponibilizada estrita e permanentemente aos órgãos de controle externo e interno. (grifos nossos)

Observa-se da previsão legal que o sigilo do orçamento poderá prevalecer até o encerramento da licitação, mais precisamente enquanto não encerrada a fase competitiva para a escolha da melhor proposta.

Denota-se que tal mecanismo não visa abolir a publicidade de ato licitatório, mas de facultar ao administrador, em determinadas ocasiões, que se valha da publicidade de modo diferido, tendo em vista o resguardo do interesse público.

Nesse sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro defende que:

A medida – não divulgação do orçamento estimado antes do encerramento do procedimento de licitação – parece útil, sendo conveniente que se estenda a todas as modalidades de licitação, porque a sua divulgação influencia os licitantes na apresentação de suas propostas, podendo resultar em resultados danosos para a escolha da melhor proposta. [...] (DI PIETRO, MARIA SYLVIA ZANELLA., DIREITO ADMINISTRATIVO. 28. Ed. – São Paulo: Atlas, 2015, p. 493).

Rafael Carvalho Rezende Oliveira também perfilha de mesmo entendimento, senão vejamos:

A necessidade de modificação da regra tradicional de licitação, com a previsão do orçamento sigiloso, sempre foi defendida por parcela da doutrina, especialmente para evitar que a divulgação do orçamento influenciasse a elevação dos valores constantes das propostas e a formação de cartel entre os licitantes, dado que, sem a ciência do preço estimado pela Administração, fica mais difícil de fazer combinações entre concorrentes. (OLIVEIRA, RAFAEL CARVALHO REZENDE., LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. 6º ed. rev., atual. e ampl. Rio de

Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017, pgs. 218 e 219).

Nota-se que o mecanismo de restringir a publicidade do orçamento no RDC é medida que se impõe como mecanismo de salvaguarda do interesse público, e de efetivação de princípios caros ao Estado Democrático de Direito, como o princípio Republicano, princípio da isonomia entre os licitantes, e o princípio da indisponibilidade do interesse público, dentre outros.

Assim, o sigilo orçamentário durante o período competitivo da licitação, viabiliza a salvaguarda do interesse público, na medida em que possibilita a garantia à isonomia entre os licitantes (ao inviabilizar a formação de cartéis), e, ainda, propicia condições de seleção da proposta mais vantajosa para a administração.

CONCLUSÃO

Por todo o exposto, defende-se que a inovação trazida pelo Regime Diferenciado de Contratações Públicas (sigilo orçamentário) consegue resguardar o interesse público, na medida em que viabiliza a concorrência isonômica entre os licitantes. Com efeito, será possível ampliar a competitividade entre os interessados em contratar com o Poder Público, e, conseqüentemente, concretizar o objetivo de selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração.

Desse modo, sustenta-se que a previsão legal de restrição à publicidade orçamentária durante o interregno licitatório competitivo, é dotada de notória constitucionalidade. Assim, ela visa concretizar princípios caros ao Estado Democrático de Direito, notadamente, o princípio da isonomia, o princípio da indisponibilidade do interesse público e o princípio republicano, pautado na concretização do resguardo da coisa pública.

É o parecer, salvo melhor juízo.

A PROTEÇÃO JURÍDICA DO POLIAMOR

ANA PAULA BERLATTO FÃO FISCHER:
Advogada. Com mestrado na Universidade de Barcelona em Direito Civil. Cursando Pós-Graduação de Direito Constitucional da LFG. Pós-graduação em Direito de Família na Universidade de Barcelona. Graduada em Direito na PUCRS.

RESUMO: É indubitável que o texto constitucional vigente reconheceu diversos tipos de arranjos familiares para prestigiar a dignidade humana do indivíduo de buscar sua felicidade de acordo com o formato de família que entende mais adequado para atender os seus elos de afetividade. Desta maneira, é imperioso que o direito acompanhe a realidade social e a evolução das relações familiares para reconhecer o poliamor como mais uma entidade familiar merecedora de proteção jurídica a fim de evitar a desigualdade e hierarquia entre as famílias, bem como o enriquecimento sem causa de um de seus membros em detrimento de outros.

Palavras-chave: Direito de Família – Multiplicidade das entidades familiares – Dignidade Humana – Busca pela felicidade – Afetividade – Poliamor.

Sumário: Introdução. 1. O Conceito de Poliamor ou Poliamorismo. 2. Do tímido reconhecimento aos efeitos jurídicos decorrentes do poliamor. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

As transformações no Direito de Família com a edição da Carta Magna de 1988 foram expressivas, especialmente no que tange ao conceito de família, quando passaram a ser reconhecidos outros tipos além daquela fundada no matrimônio; entendeu-se que entidade familiar é um grupo de indivíduos ligados voluntariamente por elos afetivos, independente de identidade sanguínea, ou formalidades matrimoniais, com o objetivo de satisfação existencial e emocional.

A Constituição Federal de 1988 reconheceu diferentes arranjos familiares como forma de entidade familiar, objetivando a busca da felicidade de cada membro familiar, o que decorre do sobreprincípio da dignidade humana (art. 1º, III,

da Constituição Federal), entendendo que o Estado não poderia limitar o formato dos elos familiares pretendidos pelos seus membros, já que tal direito está ligado ao direito de autodeterminação de cada cidadão.

Verifica-se a transformação do núcleo do Direito que passa a ser o indivíduo em si e, no que diz respeito ao Direito de Família, aos laços de afeto que regem as relações, pautada na solidariedade entre seus membros (art. 3, I, da CF), e no respeito à dignidade humana de cada um, bem como na igualdade entre todos, sem hierarquia entre homem e mulher, ou entre filhos (art. 227, §§ 5 e 6, da CF e art. 1.511 e 1.596 do CC), sempre levando em conta os princípios da afetividade e da função social da família (art. 226, “caput”, da CF).

Consoante afirmam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

A principal função da família e a sua característica de meio para a realização dos nossos anseios e pretensões. Não é mais a família um fim em si mesmo, conforme já afirmamos, mas, sim, o meio social para a busca de nossa felicidade na relação com o outro.^[1]

Assim, considerando que a busca pela felicidade rege o modelo atual de família que se denomina como família eudemonista, cabe discorrer acerca das relações interpessoais amorosas de natureza poligâmica a fim de verificar a existência ou não de proteção jurídica no ordenamento jurídico.

1. O CONCEITO DE POLIAMOR OU POLIAMORISMO

Poliamor é a simultaneidade de duas ou mais relações amorosas paralelas, em que seus membros têm ciência dos vários vínculos afetivos mantidos e aceitam uns aos outros, caracterizando uma relação múltipla e aberta. O conhecimento de todos os membros familiares é que diferencia esta relação das famílias paralelas ou simultâneas, nas quais não se verifica o referido elemento.^[2]

O poliamorismo funda-se no princípio da afetividade, o qual representa novo pilar de reconhecimento de entidades familiares no Direito de Família, bem como no direito à busca pela felicidade, e nos princípios da autonomia da vontade, da não

discriminação (art. 3º, IV, da CF), da personalidade, e da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF).

Neste tipo de relação no que tange aos elos mantidos, conhecidos e aceitos pelos seus membros, não haveria a violação do dever de fidelidade recíproca (art. 1.566 do Código Civil), até mesmo porque a letra literal da lei não estipula a fidelidade como sendo aquela exigida entre apenas dois membros, podendo-se presumir, assim, que o referido dever é observado, ainda que na vigência de uma relação múltipla, quando todos os parceiros estão cientes dos demais vínculos amorosos mantidos paralelamente. Além disso, os deveres de lealdade e de respeito exigidos pelo art. 1.724 do Código Civil podem ser enquadrados no poliamor, já que o conhecimento dos diversos vínculos efetivos entre todos os parceiros, representam aquelas obrigações.

Com base nos princípios da igualdade, da liberdade e da função social da família (art. 5º, “caput” e II, da CF), todos os indivíduos são livres para escolher os tipos de relacionamento permanentes e duradouros a que estarão inseridos, ainda que isto comporte um modelo de entidade familiar bastante exótico à clássica família tradicional monogâmica defendida historicamente.

O ordenamento jurídico não pode impedir alguém de amar e ser amado, não sendo cabível a limitação jurídica dos vínculos afetivos àqueles que amam a mais um parceiro, já que não há qualquer justificativa plausível para não reconhecer a proteção jurídica a todos os parceiros envolvidos que se unem com o propósito de constituir família em uma convivência duradoura, pública e contínua.

Analisando o ordenamento jurídico, é certo que este não vetou o exercício livre da sexualidade, nem mesmo das interações subjetivas em qualquer formato, e, assim, no silêncio normativo, aquilo que não é proibido no Direito Privado, é permitido, motivo pelo qual, tratando-se de uma realidade social, é imperioso que o direito evolua para acompanhar as mudanças na sociedade de sua época e reconheça efeitos jurídicos às relações decorrentes do poliamor.

Note-se que a rejeição ao poliamorismo apenas contribuiu para a desigualdade nas relações familiares, criando hierarquia entre os diversos tipos de família, o que não foi o objetivo do poder constituinte ao estabelecer a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil, e a redução das

desigualdades sociais, o bem comum de todos sem qualquer tipo de preconceito como seus objetivos.

Não proteger juridicamente este tipo de entidade familiar é contribuir para o proveito ilícito e o enriquecimento sem causa de um ou demais membros em detrimento de outros, afastando-lhe direitos como alimentos, herança e meação em descompasso com os fundamentos da constitucionalização do direito privado.

2. DO TÍMIDO RECONHECIMENTO AOS EFEITOS JURÍDICOS DO POLIAMOR

Em que pese ainda não seja a corrente majoritária no país, inclusive perante os Tribunais Superiores, verifica-se alguns esforços para garantir os efeitos jurídicos decorrentes do poliamor. O 15º Cartório de Ofício de Notas do Rio de Janeiro, por exemplo, já registrou por duas vezes uniões poliafetivas.^[3]

Também é cabível citar o entendimento da Defensoria Pública de São Paulo quanto à matéria ao editar a Tese Institucional n.º107: *"É possível o reconhecimento de efeitos jurídicos próprios de Direito das Famílias às uniões simultâneas ou paralelas, as quais devem ser conceituadas como entidades familiares."*^[4]

Além disso, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul já se manifestou, em algumas ocasiões, pelo reconhecimento de relações afetivas simultâneas, entendendo que os múltiplos vínculos afetivos não podem vir em benefício de um dos membros. Neste sentido:

APELAÇÃO CÍVEL. 1)UNIÃO ESTÁVEL PARALELA A OUTRA UNIÃO ESTÁVEL. RECONHECIMENTO. O anterior reconhecimento judicial de união estável entre o falecido e outra companheira, não impede o reconhecimento da união estável entre ele e autora, paralela àquela, porque o Direito de Família moderno não pode negar a existência de uma relação de afeto que também se revestiu do mesmo caráter de entidade familiar. Preenchidos os requisitos elencados no art. 1.723 do CC, procede a ação, deferindo-se à autora o direito de perceber 50% dos valores recebido a título de pensão por morte pela

outra companheira. 2)RESSARCIMENTO DE DANOS MATERIAIS E EXTRAPATRIMONIAIS. Descabe a cumulação de ação declaratória com ação indenizatória, mormente considerando-se que o alegado conluio, lesão e má-fé dos réus na outra ação de união estável já julgada deve ser deduzido em sede própria. Apelação parcialmente provida. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº 70012696068, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Ataídes Siqueira Trindade, Julgado em 06/10/2005)

O referido Tribunal, ao reconhecer uma união dúplice, também determinou a triação dos bens existentes entre o *de cujus* e duas conviventes. Neste sentido:

APELAÇÃO CÍVEL. RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL PARALELA AO CASAMENTO E OUTRA UNIÃO ESTÁVEL. UNIÃO DÚPLICE. POSSIBILIDADE. PARTILHA DE BENS. MEAÇÃO. "TRIAÇÃO ". ALIMENTOS. A prova dos autos é robusta e firme a demonstrar a existência de união estável entre a autora e o réu em período concomitante ao seu casamento e, posteriormente, concomitante a uma segunda união estável que se iniciou após o término do casamento. Caso em que se reconhece a união dúplice. Precedentes jurisprudenciais. Os bens adquiridos na constância da união dúplice são partilhados entre a esposa, a companheira e o réu. Meação que se transmuda em "triação", pela duplicidade de uniões. O mesmo se verificando em relação aos bens adquiridos na constância da segunda união estável. Eventual período em que o réu tiver se relacionado somente com a apelante, o patrimônio adquirido nesse período será partilhado à metade. Assentado o vínculo familiar e comprovado nos autos que durante a união o varão sustentava a apelante, resta demonstrado os pressupostos da obrigação alimentar, quais sejam, as necessidades de quem postula o pensionamento e as

possibilidades de quem o supre. Caso em que se determina o pagamento de alimentos em favor da ex-companheira. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº 70022775605, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 07/08/2008)

Embora reconhecida como situação excepcionalíssima, o Superior Tribunal de Justiça, em recente decisão, reconheceu o direito de uma relação paralela ao casamento, com base nos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade familiar, bem como da legítima expectativa e da boa-fé, em virtude do expressivo lapso temporal pelo qual perdurou o relacionamento, a dependência econômica da concubina, e sua condição de pessoa idosa. Entretanto, o STJ deixou claro se tratar de uma situação excepcional, esclarecendo que uniões paralelas ao casamento, em regra, não geram qualquer direito. Neste sentido:

RECURSO ESPECIAL. CONCUBINATO DE LONGA DURAÇÃO. CONDENAÇÃO A ALIMENTOS. NEGATIVA DE VIGÊNCIA DE LEI FEDERAL. CASO PECULIARÍSSIMO.

PRESERVAÇÃO DA FAMÍLIA X DIGNIDADE E SOLIDARIEDADE HUMANAS.

SUSTENTO DA ALIMENTANDA PELO ALIMENTANTE POR QUATRO DÉCADAS. DECISÃO.

MANUTENÇÃO DE SITUAÇÃO FÁTICA PREEXISTENTE. INEXISTÊNCIA DE RISCO PARA A FAMÍLIA EM RAZÃO DO DECURSO DO TEMPO. COMPROVADO RISCO DE DEIXAR DESASSISTIDA PESSOA IDOSA. INCIDÊNCIA DOS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE E SOLIDARIEDADE HUMANAS. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL.

INEXISTÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICO-JURÍDICA.

1. De regra, o reconhecimento da existência e dissolução de concubinato impuro, ainda que de longa

duração, não gera o dever de prestar alimentos a concubina, pois a família é um bem a ser preservado a qualquer custo.

2. Nada obstante, dada a peculiaridade do caso e em face da incidência dos princípios da dignidade e solidariedade humanas, há de se manter a obrigação de prestação de alimentos a concubina idosa que os recebeu por mais de quatro décadas, sob pena de causar-lhe desamparo, mormente quando o longo decurso do tempo afasta qualquer risco de desestruturação familiar para o prestador de alimentos.

3. O acórdão recorrido, com base na existência de circunstâncias peculiaríssimas - ser a alimentanda septuagenária e ter, na sua juventude, desistido de sua atividade profissional para dedicar-se ao alimentante; haver prova inconteste da dependência econômica; ter o alimentante, ao longo dos quarenta anos em que perdurou o relacionamento amoroso, provido espontaneamente o sustento da alimentanda -, determinou que o recorrente voltasse a prover o sustento da recorrida. Ao assim decidir, amparou-se em interpretação que evitou solução absurda e manifestamente injusta do caso submetido à deliberação jurisprudencial.

4. Não se conhece da divergência jurisprudencial quando os julgados dissidentes tratam de situações fáticas diversas.

5. Recurso especial conhecido em parte e desprovido.

(REsp 1185337/RS, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/03/2015, DJe 31/03/2015).

Ainda que os entendimentos acima mencionados referiram-se a uniões paralelas que não se identificam exatamente com as relações oriundas do poliamor, em que há a ciência dos múltiplos vínculos por todos seus membros, é de suma importância conhecer as decisões que respaldaram àquelas relações. Isto porque, se o sistema jurídico tutela múltiplas relações quando ocorre a violação do dever de fidelidade em virtude da ausência de conhecimento de um de seus membros quanto à multiplicidade dos vínculos, com maior razão tutelar as relações derivadas da escolha de todos os partícipes, de forma livre e consciente.

CONCLUSÃO

Com base no que foi exposto, é imperiosa a mitigação do princípio da monogamia em face dos princípios da dignidade humana, da busca pela felicidade, da afetividade, da autodeterminação, da igualdade, da liberdade e da pluralidade das entidades familiares para ensejar uma solução justa e razoável que proteja juridicamente as relações oriundas do poliamorismo, caso contrário estar-se-ia prestigiando a desigualdade e hierarquia entre as relações familiares, em verdadeiro retrocesso ao Direito Privado e a proteção ao Direito de Família conferida pela Constituição Federal de 1988.

Fechar os olhos ao novo formato de entidade familiar que decorre do poliamor é negar a evolução das relações afetivas e familiares, rejeitando mais uma vez a autodeterminação do indivíduo e a sua liberdade para formar o formato de família como bem desejar, como já ocorreu com as uniões estáveis heterossexuais e homossexuais, as quais, após muita luta, conseguiram garantir sua proteção jurídica.

Já deveríamos ter aprendido que a evolução social e humana apresenta e ainda apresentará diversas formas, variadas e distintas, de o ser humano se expressar e se relacionar para alcançar a sua felicidade plena. Desta forma, não cabe à ordem jurídica, ainda mais quando pautada no Estado Democrático de Direito que roga pela dignidade da pessoa humana, pela igualdade material e a pela liberdade, negar efeitos jurídicos a todo elo de amor que se constitui para formar uma entidade familiar permanente, duradoura, pública, com respeito entre seus membros e centrada na afetividade.

REFERÊNCIAS:

DEFENSORIA PÚBLICA DE SÃO PAULO. TESE INSTITUCIONAL N.º 107. Disponível em: https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/Conteudos/Materia/MateriaMostra.aspx?idItem=61459&idModulo=9706#_ftn37. Acesso em: 26.10.2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil. Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 2011. V. 6.

MADALENO, Rolf Hanssen. *Escritura de união poliafetiva: impossibilidade*. Jornal Carta Forense, São Paulo, Edição n. 114, p. B26. Novembro de 2012.

SOUZA, Giselle. Tabela diz que registro de união poliafetiva é evolução do Direito de Família. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-abr-14/tabela-registro-uniao-poliafetiva-evolucao-direito>. Acesso em: 26.10.2016.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1185337/RS, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/03/2015, DJe 31/03/2015.

TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil. Volume Único. 6ª Ed. São Paulo: Forense, 2015.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível Nº 70012696068, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Ataídes Siqueira Trindade, Julgado em 06/10/2005.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível Nº 70022775605, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 07/08/2008.

Data: 26.10.2017.

NOTAS:

[1] GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil. Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 2011. V. 6, p. 98.

[2] MADALENO, Rolf Hanssen. *Escritura de união poliafetiva: impossibilidade*. Jornal Carta Forense, São Paulo, Edição n. 114, p. B26. Novembro de 2012.

[3] SOUZA, Giselle. Tabela diz que registro de união poliafetiva é evolução do Direito de Família. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-abr-14/tabela-registro-uniao-poliafetiva-evolucao-direito>. Acesso em: 26.10.2016.

[4] DEFENSORIA PÚBLICA DE SÃO PAULO. TESE INSTITUCIONAL N.º 107. Disponível em: https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/Conteudos/Materia/MateriaMostra.aspx?idItem=61459&idModulo=9706#_ftn37. Acesso em: 26.10.2017.

O ESTADO BRASILEIRO PERANTE OS ACORDOS INTERNACIONAIS DE TROCA DE INFORMAÇÕES TRIBUTÁRIAS

RENATO JOSÉ RAMALHO ALVES:
Mestrando em Direito pela UFPE, na linha Estado, Regulação e Tributação Indutora. Pós-graduado em Direito Tributário pela ESA-OAB/PB.

RESUMO: A promoção da justiça fiscal perpassa pela formulação de instrumentos de transparência fiscal que garantam à Administração Tributária, de um lado, a verificação da capacidade contributiva dos administrados e, do outro, o combate à violação às normas tributárias. Foi nesse contexto que, no âmbito da OCDE, formulou-se a Convenção sobre Assistência Mútua Administrativa em Matéria Tributária (CAMAMT), instrumento multilateral que possibilita inúmeros mecanismos de compartilhamento de informações entre as administrações tributárias dos países aderentes, adotando um modelo bem-sucedido em outras regiões, como na União Europeia. Com a assinatura e a recente promulgação da referida Convenção, o Estado brasileiro promove uma mudança de paradigma de sua atividade de fiscalização tributária. A grande novidade é que o Brasil poderá estabelecer um sistema de troca de informações fiscais automáticas com os demais países. Trata-se, por isso, de uma nova perspectiva para a formulação de uma política tributária mais justa pelo Estado brasileiro.

Palavras-chave: Justiça Fiscal; Cooperação Administrativa Internacional; Convenção sobre Assistência Mútua Administrativa em Matéria Tributária

Abstract: The promotion of fiscal justice involves the formulation of fiscal transparency instruments that guarantee to the Tax Administration, on the one hand, the verification of the contributory capacity of the administered ones, and, on the other, the fight against the violation of the tax rules. In this context, the OECD countries formulated the Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters (CMAATM), a multilateral instrument that enables a large number of information sharing mechanisms between the tax administrations of the countries, adopting a successful model in other regions, such as the European Union. After the signing and recent promulgation of the Convention, the Brazilian State promotes a paradigm shift of its tax inspection activity. The great novelty is that the Brazil can establish a system of automatic tax information exchange with the other countries.

It is, therefore, a new perspective for the formulation of a fairer tax policy by the Brazilian State.

Keywords: Fiscal Justice; International Administrative Cooperation; Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters

1 Introdução

Com o desenvolvimento do processo de globalização, desde o fim do século XX, o mundo vem presenciando a intensificação das relações comerciais e econômicas entre os países. Surge, assim, o mercado mundial, ignorando as fronteiras geográficas nacionais.

Os Estados, cada vez mais integrados e interdependentes, buscam implementar, de forma cooperativa, ações conjuntas sobre questões em comum, especialmente por meio da formação de tratados internacionais – principal fonte de direitos e obrigações no âmbito do Direito Internacional Público.

Nesse sentido, cresce no seio da comunidade internacional a preocupação com o estabelecimento de normas que promovam a justiça fiscal, fundamentada na ideia de que os tributos são instrumentos indispensáveis para a satisfação das necessidades públicas e de que todos devem contribuir para a promoção do bem comum, de acordo com sua capacidade econômica.

Por isso, atualmente, ganham relevância os tratados sobre matérias tributárias. Dentre tais instrumentos, merecem destaque os acordos sobre cooperação administrativa para o intercâmbio de informações dos contribuintes. Tratam-se, pois, dos *tratados internacionais de troca de informações tributárias (ou fiscais)*. Esses acordos, que podem ser firmados de forma bi ou multilateral, mostram-se cada vez mais necessários, na medida em que o atual processo de globalização proporciona um crescente fluxo de deslocamento de riquezas entre os países.

Nesse sentido, no âmbito da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), foi criado o *Fórum Global para Transparência e Troca de Informações Tributárias*, responsável por propor normas para a troca de

informações fiscais entre os países, sendo as mais importantes delas previstas na *Convenção sobre Assistência Mútua Administrativa em Matéria Tributária*, que recentemente fora promulgada pelo Estado brasileiro, por meio do Decreto nº 8.842, de 29 de agosto de 2016.

Nesse sentido, o presente artigo tem o objetivo de analisar como os tratados de troca de informações contribuem para a promoção da justiça fiscal, perquirindo especialmente sobre as normas previstas na *Convenção sobre Assistência Mútua Administrativa em Matéria Tributária*.

Para tanto, o trabalho inicia com uma análise sobre a concepção de justiça fiscal e seus fundamentos no Estado Democrático de Direito. Em seguida, destaca alguns dos graves entraves a uma tributação justa, causados pelo fenômeno da globalização. Posteriormente, estuda o regime jurídico dos tratados internacionais tributários perante o ordenamento jurídico brasileiro. Depois, aborda o atual contexto da cooperação administrativa internacional e um de seus principais instrumentos: os tratados de troca de informações. Por fim, estuda, especificamente, as normas da *Convenção sobre Assistência Mútua Administrativa em Matéria Tributária*, traçando considerações sobre as perspectivas da adesão do Brasil a esse importante diploma internacional.

2 A busca pela justiça fiscal no Estado Democrático de Direito

No mundo contemporâneo, verificamos, conforme aponta NABAIS^[1], a consolidação do *Estado Fiscal*, entendido como o Estado Democrático de Direito que promove os direitos e garantias fundamentais por meio dos tributos pagos pelas pessoas (físicas e jurídicas) dotadas de capacidade contributiva.

Os tributos, assim, ganham fundamental importância para que o Estado Fiscal alcance seus objetivos. Isso porque, como defendem Stephen HOLMES e Cass SUNSTEIN^[2], tanto os direitos econômicos e sociais como as liberdades públicas geram altos custos para o Estado, de modo que a tributação é o principal instrumento para o custeio de tais despesas.

Nesse sentido, o Poder Público possui uma função imprescindível para superação das desigualdades sociais e econômicas e para a criação de condições de vida razoáveis^[3]. Assim, ao contrário do que se defendeu no Estado Liberal^[4], os

tributos hoje são considerados como o principal suporte financeiro para que o Estado garanta as necessidades básicas dos indivíduos.

Por isso, não se pode visualizar os tributos como mero instrumento arrecadatário estatal. Eles estão fundamentados em uma importante função social, que abrange, por exemplo, a distribuição de renda, a diminuição das desigualdades sociais e regionais e a garantia de direitos fundamentais^[5]. Com base nisso, aos indivíduos, no atual contexto do Estado Fiscal, não apenas são atribuídos direitos e garantias, mas também determinados deveres fundamentais, dentre eles, o de pagar tributos^[6]. Inclusive, sob tal perspectiva, a Constituição portuguesa consignou expressamente que “o sistema fiscal visa à satisfação das necessidades financeiras do Estado e outras entidades públicas e uma repartição justa dos rendimentos e da riqueza” (art. 103, §1º).

No entanto, para a consagração da justiça fiscal, não basta somente a imposição a todos do dever de pagar tributos. A tributação será justa na medida em que cada um contribuir de acordo com sua possibilidade econômico-financeira^[7]. Assim, no âmbito do Estado Democrático de Direito, não há justiça fiscal se não houver uma tributação isonômica e de acordo com a capacidade contributiva dos particulares^[8], considerando os diversos fatores de desigualdade existentes em nossa sociedade. Isso porque, na seara do Direito Tributário, o princípio da igualdade, também denominado de isonomia tributária, impõe não só um tratamento igualitário diante da lei (isonomia formal), mas também a obrigação do Poder Público de levar em consideração as peculiaridades de cada grupo de contribuintes (igualdade material)^[9].

A isonomia tributária, assim, trata-se de uma das bases para a consagração da justiça fiscal^[10]. Essa é a premissa que rege a ordem tributária da maioria dos países, inclusive do Brasil, tal como estabelecido pelo art. 145, §1º, da Constituição, que determina que sempre que possível a tributação considerará as condições pessoais dos contribuintes e será graduada segundo a sua capacidade econômica^[11]. Essa garantia, nas palavras de OLIVEIRA, promove “uma maior percepção e concretização de justiça e igualdade constitucional”^[12].

Portanto, percebe-se que a noção de justiça fiscal, um dos valores supremos do Estado Democrático de Direito^[13], aponta para a necessidade de se estabelecer um ambiente de harmonia e de proporcionalidade entre, de um lado, os custos do

Estado para suprir as necessidades públicas, e, de outro, a situação econômica do contribuinte[14].

Contudo, não é simples a tarefa de conciliar esses dois aspectos. São diversos os fatores que ensejam uma tributação injusta. Dentre eles, podemos destacar: (a) a não identificação pelo Estado da verdadeira capacidade contributiva de seus nacionais e (b) o desrespeito às normas tributárias (o que envolve a sonegação e a evasão fiscal).

Essas causas estão profundamente interligadas. É dizer que, para que o Estado elabore uma política tributária justa e eficiente, é preciso que seja capaz de identificar a capacidade contributiva de seus cidadãos e de suas empresas, o que não é possível sem a adoção de mecanismos que garantam a transparência fiscal, como o acesso de informações dos contribuintes pelas Administrações Tributárias.

A ausência de transparência fiscal, por sua vez, inviabiliza uma fiscalização eficiente quanto ao cumprimento das normas tributárias, prejudicando a consagração da justiça fiscal. De nada adianta normas que imponham tributação mais intensa sobre os mais ricos, se estes escondem seu patrimônio do fisco. Como explica Saldanha SANCHES, "o cumprimento efectivo da lei fiscal constitui também uma importante garantia do contribuinte, uma vez que é a condição fáctica para uma correcta distribuição dos encargos tributários"[15].

Assim, na atualidade, a promoção da justiça fiscal perpassa pela formulação de instrumentos de transparência fiscal que garantam à Administração Tributária, de um lado, a verificação da capacidade contributiva dos administrados e, do outro, o combate à violação às normas tributárias.

É diante dessas premissas que o presente trabalho analisa um de tais instrumentos para a consagração da justiça fiscal: o intercâmbio internacional de informações tributárias, em especial, por meio das normas estabelecidas na Convenção sobre Assistência Mútua Administrativa em Matéria Tributária.

3 A justiça fiscal diante da globalização: os problemas a serem combatidos

É com base na busca da promoção da justiça fiscal que devem ser desenvolvidas as políticas tributárias dos países – cada vez mais integradas e

interligadas, diante do contexto de um mundo globalizado. Por isso, crescem os fóruns de discussões na comunidade internacional, buscando respostas para questões de suma relevância para a consagração de uma tributação justa: como tributar? Quem tributar? Qual a intensidade da tributação?

A cooperação entre os países em matéria fiscal surge como uma reação aos inúmeros empecilhos para a atividade da arrecadação fiscal, intensificados principalmente por fatores como a formação de um mercado mundial^[16], as facilidades para a remessa de valores para outros países, a expansão de atividades econômicas internacionais, a formação de agentes econômicos submetidos a diferentes ordens tributárias etc^[17].

Alguns dos principais problemas quanto à tributação justa no atual cenário do processo de globalização de nossa sociedade são:

(a) fraudes fiscais internacionais e evasão fiscal: trata-se da remessa de valores para o exterior sem o devido recolhimento dos tributos. A conduta, considerada ilícita na maior parte dos países, pode ocorrer de inúmeras maneiras^[18]. Cite-se, por exemplo, a adoção de preços de transferência, que se verifica quando em uma transação internacional há a estipulação fraudulenta do valor da operação (venda, prestação serviços etc.), para mais ou para menos, com o objetivo de diminuir a carga tributária. Tal medida é bastante comum em operações que envolvem empresas relacionadas (controladora-controlada, matriz-filial etc.), as quais ajustam preço não correspondente ao praticado no mercado. Paulo de Barros CARVALHO explica que essa prática “é repudiada pelo ordenamento jurídico, por implicar desvios de lucros, distorcendo os resultados da empresa, e, com isso, influenciando na sua tributação”^[19];

(b) condições favoráveis ao planejamento tributário agressivo: quando empresas valem-se de brechas da legislação tributária vigente em diferentes países, a fim de diminuir a incidência de tributos sobre suas atividades, seu patrimônio e sua renda. É o caso, por exemplo, do “treaty shopping”, prática por meio da qual o contribuinte aproveita-se de norma proibitiva da dupla tributação prevista em um tratado internacional, mesmo não sendo residente em um dos países signatários de tal acordo, a fim de reduzir a carga tributária. Esse método de reduzir a tributação é, muitas vezes, efetivado com a instituição de “empresas de fachada” em países que são signatários de acordos contra a dupla tributação^[20];

(c) a dispersão das atividades e do patrimônio: agentes econômicos internacionais dispersam suas atividades e seu patrimônio em diversos países, o que prejudica a verificação, por parte da administração tributária, de sua verdadeira capacidade contributiva, prejudicando uma justa e isonômica tributação. Hoje, principalmente com o desenvolvimento da internet, dos avanços tecnológicos e dos meios de comunicação, empresas podem, por exemplo, exercer suas atividades produtivas nos Estados Unidos, atendendo clientes do Brasil, tendo seu patrimônio financeiro operado por instituição financeira sediada em Luxemburgo.

(d) a formação de “paraísos fiscais”: empresas constituem seu domicílio fiscal em países com tributação favorecida (“paraísos fiscais”), que oferecem uma carga tributária mínima, fiscalização inexpressiva e uma forte proteção aos dados empresariais, favorecendo esquemas de fraudes fiscais.

Em todos esses casos, verifica-se um cenário em que, seja em virtude de atos ilícitos ou lícitos, particulares não se submetem a uma tributação justa, segundo sua capacidade contributiva. Por isso, o Estado Fiscal deixa de obter um maior suporte financeiro para o desempenho de suas atividades e, em consequência, agrava a tributação perante os demais contribuintes, o que vai de encontro aos ditames da isonomia tributária e da justiça fiscal.

A solução do problema não poderá surgir em virtude apenas de ações unilaterais adotadas pelos países. Trata-se de uma questão global, que requer uma ação coordenada e cooperativa entre os Estados.

4 Os tratados internacionais em matéria tributária como fonte do direito tributário no Brasil

As chamadas fontes do direito correspondem aos centros produtores de normas jurídicas. Atualmente, vivenciamos uma sociedade cada vez mais interligada, na qual nenhum Estado atinge o progresso adotando uma postura isolada, e na qual se verifica o crescimento das transações internacionais e das empresas multinacionais, que se sujeitam a diferentes ordens jurídicas estatais^[21], dificultando, conforme anteriormente mencionado, a consagração da justiça fiscal.

Diante desse cenário, Ricardo Lobo TORRES[22] afirma que vivenciamos a era do sistema tributário cosmopolita, que se desenvolveu a partir da globalização e da relativização das soberanias internas, e que se caracteriza pela pluralidade de fontes do direito tributário, inclusive, com a convivência de fontes jurídicas superiores aos poderes nacionais. Por isso, merece destaque o papel das fontes internacionais[23], sendo a principal delas o tratado internacional[24], conceituado como “um acordo de vontades entre sujeitos de Direito Internacional constitutivo de direitos e deveres ou de outros efeitos nas relações entre eles”[25].

Como explica Alberto XAVIER[26], foi o recente processo de desenvolvimento das relações econômicas entre os Estados que intensificou a formação de tratados que versam sobre matérias tributárias. Tais fontes jurídicas internacionais correspondem ao principal objeto do Direito Internacional Tributário.

A adoção dos tratados tributários, para Jurandi Borges PINHEIRO[27], decorre do fenômeno que ele chama de corrosão da soberania fiscal, por meio do qual os Estados cedem parte de seu poder soberano e absoluto de produzir normas jurídicas válidas no âmbito interno, para introduzir em seus sistemas jurídicos normas provenientes de fontes internacionais.

Os principais assuntos versados nos tratados internacionais tributários, conforme aduz Heleno Taveira TÔRRES, são “o tratamento coordenado das atividades impositivas, trocas de informações entre si ou resolução dos concursos impositivos dos problemas de fraudes fiscais internacionais”[28].

No Brasil, percebe-se que ainda remanescem controvérsias sobre duas questões atinentes aos tratados internacionais: (i) sua caracterização como fonte do direito tributário e (ii) sua prevalência sobre o direito interno.

Quanto ao primeiro ponto, Paulo Barros de CARVALHO defende que os tratados não são fontes do direito tributário, “e sim os decretos legislativos que os ratificam, incorporando-os à ordem jurídica brasileira”[29].

No entanto, em que pese a posição de CARVALHO, estes autores aderem à corrente que aponta que os tratados internacionais podem ser fontes jurídicas do direito tributário interno. Isto porque, conforme as lições Betina Treiger GRUPENMACHER[30], bem como de Sacha Calmon Navarro COELHO[31], o

decreto-legislativo trata-se, tão somente, de uma das fases do processo de internalização do ato internacional, sendo a fonte de direito tributário o próprio tratado internacional[32].

Quanto ao segundo ponto, a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal (STF), desde o julgamento do RE nº 80.004/SE, em 1977, é no sentido de que o tratado, quando internalizado ao ordenamento jurídico interno, equipara-se à lei ordinária, inclusive os que versam sobre temas tributários, afastando a prevalência do direito internacional sobre o interno, salvo excepcionais hipóteses.

Contudo, não faltam vozes[33] que defendem que, no Brasil, em virtude da disposição do art. 98 do CTN[34], o tratado internacional tributário possui status de norma supralegal, isto é, fonte do direito que se localiza abaixo da Constituição e acima das leis na escala hierárquico-normativa de nosso ordenamento. Essa corrente invoca, dentre outros argumentos, os arts. 26 e 27 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969, segundo os quais os Estados estão obrigados a cumprir com os compromissos firmados por meio de um tratado, não podendo justificar a violação a normas internacionais por meio da invocação de normas de seu direito interno. Esses dispositivos tratam de dois dos mais importantes princípios do Direito Internacional Público: o *pacta sunt servanda* e a *boa-fé objetiva*[35].

5 A cooperação administrativa internacional e os tratados de troca de informações

A *cooperação administrativa internacional* ocorre quando um Estado adota medidas para efetivar, em seu território, qualquer ato administrativo de interesse de outro Estado. Os atos de cooperação, assim, visam resolver problemas em comum para melhorar a eficiência das atividades administrativas.

Na seara tributária, essa cooperação manifesta-se pela estrutura das relações em nível internacional desenvolvidas para contribuir com a pretensão tributária de um Estado estrangeiro. Os atos de cooperação em matéria tributária, assim, consistem em dar cumprimento a atos administrativos de Estados estrangeiros, “para que estes possam, internamente, efetuar atos de lançamento de créditos, fiscalizações etc.”[36].

Um dos principais meios de promoção da cooperação administrativa internacional é a troca de informações entre os países, segundo regras estabelecidas em tratados internacionais. No contexto tributário, esse intercâmbio é mecanismo fundamental para prevenir a sonegação e a fraude fiscal, já que promove uma relação de coordenação entre os países, aproximando as respectivas administrações tributárias.

A importância dos tratados de troca de informações tributárias, segundo TÔRRES[37], manifesta-se em diversas situações: na gestão de controle fiscal sobre a contabilidade de grupos econômicos multinacionais; na obtenção de informações sobre atividades econômicas de sujeitos econômicos dotados de dupla nacionalidade, empresas coligadas a residentes de outro Estado, com pretensões de benefícios evasivos ou elisivos; na perseguição de sujeitos que prejudiquem à Administração Tributária com práticas ilícitas etc.

Além dos efeitos favoráveis à fiscalização tributária, percebe-se que as normas que promovem o intercâmbio de informações também beneficiam interesses particulares do contribuinte, na medida em que evitam que as administrações tributárias, por falta de informações suficientes, promovam uma dupla tributação que seria proibida em virtude de uma norma internacional ou da legislação interna.

As normas internacionais de troca de informações podem derivar de acordos bilaterais ou multilaterais. Comumente, as normas internacionais sobre troca de informações constam de acordos internacionais bilaterais para evitar a dupla tributação. A fim de padronizar os diversos acordos dessa natureza que estavam sendo firmados entre os países, o Comitê Fiscal da OCDE, em 1963, elaborou, em caráter recomendatório, uma Convenção-Modelo. Com o mesmo propósito, em 1980, a Organização das Nações Unidas (ONU) também editou sua Convenção-Modelo. Ambas as Convenções-Modelo passaram por revisões durante as décadas que se seguiram desde sua elaboração. Os acordos que utilizam como base o Modelo OCDE ou o Modelo ONU, via de regra, versam sobre a troca de informações especificamente em seu artigo 26. É o que ocorre, por exemplo, com o tratado firmado entre o Brasil e a África do Sul[38].

A propósito, observa-se que o Brasil, tradicionalmente, promove a troca internacional de informações fiscais com base em acordos para evitar a dupla

tributação, conforme o Modelo da OCDE (artigo 26). O governo brasileiro já celebrou 33 acordos dessa natureza, sendo que em grande parte deles há a previsão sobre a cooperação internacional para o intercâmbio de informações.

Os Estados Unidos, por sua vez, promulgaram um conjunto de disposições legais conhecidas como Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA), por meio do qual se criou um sistema de declaração de informações para instituições financeiras. Segundo o FATCA, é obrigatório que instituições financeiras estrangeiras forneçam dados de seus correntistas às autoridades dos EUA, desde que tais correntistas sejam também cidadãos norteamericanos, sob pena de sofrerem onerosas tributações em suas atividades nos Estados Unidos. Inúmeros países firmaram acordos com os EUA, a fim de que tais informações sejam compartilhadas entre eles, inclusive de forma automática (sem necessidade de pedido prévio).

Mais recentemente, vêm sendo desenvolvidos acordos bilaterais com o propósito específico de se estabelecer regras sobre o intercâmbio de informações fiscais. São os chamados Acordos de Troca de Informações em Matéria Tributária (TIEAs, sigla do inglês). Como explica OLIVEIRA, “trata-se de alternativa ao artigo 26 da Convenção Modelo da OCDE, já que muitos países não estariam dispostos a celebrar Acordos para Evitar Dupla Tributação com ‘paraísos fiscais’, mas gostariam de obter informações fiscais relativas a contribuintes neles estabelecidos ou com negócios”^[39].

Por outro lado, também se verifica o esforço por parte da comunidade internacional de se estabelecer mecanismos multilaterais de troca de informações fiscais entre os países. No âmbito da União Europeia, há meio século vêm sendo adotadas medidas que garantem uma maior transparência fiscal na região, inclusive por meio da troca de informações. Tais medidas não se encontram nas normas do direito originário europeu, isto é, nos tratados constitutivos da União Europeia (também chamado Direito Constitucional Europeu), mas, em regra, são estabelecidas por meio de Diretivas e Regulamentos expedidos pelo Conselho Europeu^[40].

Já entre os países integrantes da OCDE, desde 1988 vige a Convenção Multilateral para a Mútua Assistência Administrativa em Matéria Tributária (CMMAMT), elaborada conjuntamente com o Conselho Europeu. Além da troca de

informações, esse acordo prevê como formas de assistência internacional a cobrança de créditos fiscais, a utilização de medidas cautelares e a notificação do contribuinte sobre o teor de determinados documentos. Em 2010, a CMMAMT foi emendada, possibilitando a troca de informações automática entre os países dela aderente, que, agora, não necessariamente precisam integrar a OCDE ou o Conselho da Europa, como será analisado a seguir.

Vale destacar que as medidas adotadas pelos países para o intercâmbio de informações dos contribuintes vêm sendo impulsionadas após a publicação das diretrizes do Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting, conhecido como BEPS, que foi elaborado pela OCDE, por solicitação do G-20. O documento indica medidas para a diminuição da chamada erosão fiscal, isto é, a redução da base de tributação dos Estados em virtude, por exemplo, da remessa de lucros e do planejamento fiscal agressivo. Uma das conclusões da OCDE no BEPS é que os países devem intensificar os mecanismos de obtenção e de troca de informações fiscais [\[41\]](#).

O intercâmbio de dados dos contribuintes estimulará o cruzamento de informações, facilitando a verificação de irregularidades meramente fiscais ou aquelas que também configurem como crimes, principalmente em relação a novos paradigmas do Direito Tributário, como a tributação do comércio eletrônico.

Além do mais, é preciso ter em mente que a troca de dados e documentos fiscais não pode ser considerada apenas como um instrumento em benefício das autoridades fiscais. O contribuinte também é beneficiado por tal mecanismo, uma vez que, por meio dele, os Estados podem aferir o verdadeiro âmbito de tributação ao qual o particular encontra-se sujeito, sendo capaz de traçar uma política fiscal mais justa, por meio de medidas como, por exemplo, a isenção de rendimentos já tributados em outros países (evitando, assim, a chamada bitributação).

Portanto, percebe-se, atualmente, um expressivo esforço da comunidade internacional para garantir uma maior transparência fiscal, principalmente por meio da troca de informações tributárias. Inclusive, os Estados que se negam a firmar acordos para o intercâmbio de informações são, comumente, considerados países com tributação favorecida (ou “paraísos fiscais”), de modo que o contribuinte que ali tenha domicílio fiscal sofre restrições perante a administração tributária de outros países.

6 A Convenção sobre Assistência Mútua Administrativa em Matéria Tributária e as perspectivas de aplicação das regras de troca de informações pelo Brasil

Em que pese se verificar há mais de 50 anos a adoção de mecanismos de cooperação entre os países, em especial, integrantes da União Europeia, é possível perceber que os debates sobre a formação dos acordos multilaterais para o intercâmbio de informações foram intensificados a partir da criação do Fórum Global para Transparência e Troca de Informações Tributárias (FG), instituído pela OCDE, no início dos anos 2000. O FG é composto por 137 países integrantes e não integrantes da OCDE, incluindo o Brasil, e tem o objetivo de estabelecer padrões internacionais de transparência e cooperação fiscal.

Como resultado das atividades do FG e dos debates firmados no âmbito do G-20, a OCDE, em 2010, realizou uma emenda^[42] à CMMAMT (de 1988), a fim de adequá-la ao atual contexto da cooperação internacional entre os países. Dentre as mudanças, destacam-se a inclusão da troca automática de informações, bem como a possibilidade de adesão de países não membros da OCDE ou do Conselho da Europa^[43]. Também houve modificações para possibilitar uma cooperação administrativa mais eficiente entre os Estados na fiscalização e cobrança de tributos, por exemplo, com a eliminação de restrições no uso das informações (como ocorria em matéria penal, conforme antiga redação do art. 4º, §2º). Pode-se dizer, assim, que o texto emendado da CMMAMT correspondeu à instituição de um novo modelo global de cooperação fiscal. Hoje, mais de 100 países participam da Convenção.

Nesse sentido, diante da possibilidade de adesão de países não integrantes da OCDE, o Brasil assinou a CMMAMT, em Cannes, em 3 de novembro de 2011. Após a aprovação do Congresso Nacional do texto da Convenção, por meio do Decreto Legislativo nº 105, de 14 de abril de 2016, o Governo brasileiro depositou em 1º de junho de 2016, o instrumento de ratificação da Convenção sobre Assistência Mútua Administrativa em Matéria Tributária emendada pelo Protocolo de 1º de junho de 2010.

Em 29 de agosto de 2016, por meio do Decreto nº 8.842, o Brasil promulgou o texto da Convenção, passando a ser obrigatório para o Estado brasileiro a partir

de 1º de outubro de 2016, de acordo com a regra prevista no art. 28 da Convenção[44].

De acordo com a Convenção, o art. 2º da Convenção, o intercâmbio de informações pode incidir sobre qualquer categoria de tributos, inclusive aqueles instituídos pelas subdivisões políticas e autoridades locais dos Estados parte (como os entes federativos e os municípios), desde que expressamente elencados pelo Estado em anexo próprio.

O Estado brasileiro optou por adotar as normas da Convenção apenas a tributos federais. Nesse sentido, de acordo com o art. 2º, I, do Decreto nº 8.842/2016, que corresponde ao Anexo A da Convenção, o acordo internacional, no Brasil, abrangerá: o Imposto sobre a Renda (IR) e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL)? Programa de Integração Social (PIS) e Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público (PASEP) ? Imposto sobre os Produtos Industrializados (IPI)? qualquer outro tributo administrado pela Secretaria da Receita Federal do Brasil. De fato, a maior parte das problemáticas envolvendo a evasão e a fraude fiscal refere-se aos tributos federais, especialmente sobre os rendimentos, o que faz com que quase toda a totalidade dos acordos de cooperação fiscal firmados pelo Brasil apenas abranja essas categorias tributárias.

A Convenção prevê que os Estados deverão indicar a autoridade competente para fazer cumprir as disposições da Convenção. No Brasil, a autoridade indicada é o Secretário da Receita Federal do Brasil (art. 2º, II, do Decreto nº 8.842/2016, correspondente ao Anexo B da Convenção) e, nessa condição, ele tem a competência de: (a) estabelecer comunicação e realizar consultas sobre a implementação da Convenção diretamente com as demais autoridades competentes (art. 24); (b) solicitar sua presença nas atividades de fiscalização tributária em outros Estados, bem como autorizar a presença da autoridade competente estrangeira na fiscalização procedida no Brasil (art. 9º); (c) autorizar a utilização das informações enviadas a outros Estados para outros fins que não os inicialmente estabelecidos, bem como o acesso por terceiros (art. 22).

O intercâmbio de dados do contribuinte pode ocorrer em relação a quaisquer informações previsivelmente relevantes para a administração ou para o cumprimento de suas legislações internas relativas aos tributos abrangidos pela Convenção.

Para a troca de informações, a Convenção não determina a obrigatoriedade da intimação prévia do contribuinte. Contudo, prevê que é facultado a qualquer Estado membro a indicação de que, em conformidade com o seu direito interno, as autoridades notificarão os seus residentes ou nacionais antes de prestarem as informações que lhes digam respeito.

O intercâmbio de informações fiscais pode ocorrer de diferentes modos: (a) a pedido, isto é, por solicitação de um Estado-membro; (b) de forma espontânea, quando uma autoridade fiscal de um Estado-membro identifica, em um caso concreto, uma informação que reputa relevante para outro Estado-membro, remetendo-lhe sem haver solicitação; (c) de modo automático, com o regular e sistemático envio de informações aos demais Estados-membro, sem qualquer pedido prévio.

Sem dúvida, esta última forma é a mais eficaz no combate à evasão fiscal, contudo, sua implementação é mais complexa, demandando sistemas administrativo-fiscais integrados e uma eficiente atividade de filtragem das informações recebidas.

Ademais, não basta a mera assinatura da CMMAMT para que um Estado estabeleça o procedimento da troca automática. É preciso que as partes que desejam assim proceder entre si indiquem, em comum acordo, categorias de casos e regras de procedimentos sobre essa modalidade de intercâmbio de informações (art. 6º). Esse acordo específico pode ser firmado de forma bilateral ou por meio de adesão ao Padrão Comum de Relatório (Common Reporting Standard – CRS), modelo desenvolvido pela OCDE. Essa exigência é perfeitamente justificável, diante dos riscos que haveria em se fornecer informações a determinados Estados pouco comprometidos com valores do Estado Democrático de Direito, tais como naqueles em que se verificam regimes autoritários, onde não se respeitam as garantias e as liberdades de seus nacionais, ou naqueles em que predominam políticas de estímulo a fraudes fiscais, com tributação favorecida e com o forte sigilo quanto a dados dos seus contribuintes, desfavorecendo a transparência e, assim, a justiça fiscal.

A Convenção ainda dispõe sobre o dever de alertar informações contraditórias. Nesse sentido, se um Estado parte obtiver de outro informações sobre a situação tributária de uma pessoa que se lhe afigurem em contradição com

as informações de que dispõe, comunicará o fato ao Estado que tiver fornecido as informações.

É permitido ainda que, desde que acordado previamente, os Estados realizem fiscalização tributária simultânea. Por esse procedimento, dois ou mais Estados simultaneamente fiscalizam situações tributárias que se caracterizam como de interesse comum ou relacionado, com vista à troca de informações relevantes. Também pode ser adotado o procedimento para a fiscalização tributária estrangeira, por meio do qual a autoridade competente do Estado requerido poderá autorizar representantes da autoridade competente de outro Estado requerente a presenciarem a parte apropriada da fiscalização tributária no Estado requerido. Assim, será cada vez mais comum se observar a execução de operações envolvendo agentes tributários da Receita Federal do Brasil e autoridades do fisco estrangeiro, seja no Brasil ou no estrangeiro.

A Convenção ainda dispõe sobre a necessidade de se manter o sigilo das informações compartilhadas entre os Estados, devendo estas serem protegidas do mesmo modo que as informações obtidas com base na legislação interna dos respectivos países. Assim, por exemplo, não há obrigação de troca de informações suscetíveis de revelar um segredo comercial, industrial, profissional ou um processo comercial (art. 21, §2º, "d"). A Convenção, desse modo, expressa entendimento que já vem sendo adotado, no Brasil, pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de que as informações compartilhadas no âmbito das Administrações Tributárias não perdem o caráter de sigilosidade^[45].

Há, ainda, uma interessante questão referente ao direito intertemporal quanto às regras de cooperação administrativa, especialmente sobre a troca de informações. Com efeito, pode-se indagar se aplicabilidade das normas da Convenção ocorrerá de forma retroativa, atingindo fatos anteriores à vigência da Convenção no Estado aderente.

De acordo com a regra do art. 28, §6º, da Convenção, a regra é que as disposições previstas no Acordo produzirão efeitos no que diz respeito à assistência administrativa abrangendo os exercícios fiscais com início em ou após 1 de janeiro do ano seguinte àquele em que a Convenção entrou em vigor em relação ao respectivo Estado membro. A regra muito se assemelha ao conhecido princípio da anterioridade de exercício, previsto no art. 150, III, "b", da CF. Assim, no Brasil, de

acordo com esse dispositivo convencional, as regras de cooperação fiscal apenas se aplicariam a partir de 1 de janeiro de 2017.

Contudo, há expressa previsão quanto à possibilidade de duas ou mais partes acordarem que a Convenção produzirá efeitos no que diz respeito a exercícios fiscais ou a obrigações tributárias anteriores. Trata-se, assim, de uma autorização para a eficácia retroativa da norma, ou melhor, de aplicação da norma a fatos jurídicos ocorridos anteriormente à sua vigência.

No contexto do direito brasileiro, a regra é que a norma tributária não possui efeitos retroativos, não abrangendo fatos geradores anteriores à sua vigência, salvo nas hipóteses legalmente previstas, nos termos do art. 106 do Código Tributário Nacional (CTN). No entanto, a vedação à irretroatividade da lei não alcança as normas referentes a procedimentos de fiscalização da administração tributária brasileira. Essa é a interpretação que se extrai do art. 141, §1º, do CTN, ao dispor que “aplica-se ao lançamento a legislação que, posteriormente à ocorrência do fato gerador da obrigação, tenha instituído novos critérios de apuração ou processos de fiscalização, ampliado os poderes de investigação das autoridades administrativas [...]”. Na mesma linha, em 2009, no julgamento do REsp 1134665/SP, submetido à sistemática do Recurso Especial Repetitivo, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), consolidou o entendimento de que normas que dispõem sobre novos procedimentos de fiscalização do cumprimento da legislação tributária podem ser aplicadas a fatos geradores anteriores a sua vigência^[46].

Portanto, a nosso ver, é perfeitamente possível que o Brasil firme com outros Estados acordos quanto à aplicação das normas de cooperação fiscal, principalmente de troca de informações, previstas na Convenção, em relação a tributos cujos fatos geradores ocorreram antes da vigência dessa norma internacional.

Destaque-se que o Brasil estabeleceu reserva ao artigo 30, §§ 1º.b, 1º.d e 1º, da Convenção, tendo sido consignado que o Governo brasileiro: não prestará assistência quanto à recuperação de qualquer crédito tributário ou quanto à recuperação de multas administrativas, para todos os tributos; não prestará assistência quanto à notificação para todos os tributos; não permitirá que sejam feitas notificações por meio postal, conforme disposto no Artigo 17, §3º.

De todo modo, é inegável que a promulgação da CMMAMT é uma mudança de paradigma no contexto do Direito Tributário brasileiro. Como mencionado anteriormente, pela tradição diplomática brasileira, para troca internacional de informações fiscais, comumente, são adotados acordos para evitar a dupla tributação, conforme o Modelo da OCDE (artigo 26).

As modernas regras de troca de informações instituída pela Convenção surgem em boa hora diante do contexto atual de nosso país. O Brasil, cada vez mais, vem se inserindo no modelo do combate internacional a crimes tributários e à lavagem de dinheiro. A título de exemplo, no recente e notório caso da Lava-Jato, decorrente de processos criminais sobre um complexo esquema de distribuição de propinas por meio de contratos e atividades da Petrobrás, o Ministério Público Federal (MPF) utilizou-se de inúmeros pedidos de cooperação internacional para obter informações junto ao Ministério Público da Suíça, inclusive referentes a matérias fiscais, procedimento que, por vezes, demandava autorização judicial^[47]. Com os mecanismos previstos na CMMAMT, é possível o recebimento e o envio de informações de forma mais ágil e mais eficiente entre as autoridades de ambos os países.

Por fim, é preciso observar que o processo de integração do Brasil nos modernos sistemas de intercâmbio de integração deverá ser ainda mais intensificado com sua adesão à Convenção sobre Troca Automática de Informações Financeiras em Questões Fiscais (Automatic Exchange of Financial Information in Tax Matters - AEOI), aprovada na Reunião do G-20 de 2014, na Austrália, também como resultado de discussões travadas no âmbito do Fórum Global para Transparência e Troca de Informações Tributárias da OCDE. Essa Convenção estabelece o intercâmbio automático de dados obtidos junto a instituições financeiras e ainda aguarda adesões para sua entrada em vigor. O Brasil obrigou-se a promover a troca de informações a partir de janeiro de 2018, com dados financeiros de 2016 e 2017. O governo brasileiro tem condições de cumprir as disposições desse acordo internacional de forma eficiente, especialmente diante do aludido entendimento do STF no julgamento das ADIs 2.386, 2.397 e 2.859 e do RE 601.314, no sentido de que o fisco brasileiro pode ter acesso direto a dados bancários dos contribuintes, sem a necessidade de autorização judicial.

7 Conclusões

O Estado Democrático de Direito, se observado sob o ponto de vista da política tributária, aponta para a noção do Estado Fiscal, que busca o estabelecimento de uma tributação justa, mediante práticas que levem em consideração as desigualdades socioeconômicas da sociedade e a capacidade contributiva dos administrados.

No entanto, o processo de globalização, provocado pelo desenvolvimento tecnológico e pelas facilidades para o deslocamento de pessoas e de riquezas, demanda dos Estados a mútua cooperação para combater problemas em comum, dentre eles, a dificuldade de se estabelecer a justiça fiscal, diante dos inúmeros mecanismos à disposição dos particulares que facilitam a dispersão de seu patrimônio, as fraudes, a evasão fiscal e o planejamento tributário agressivo.

Por isso, torna-se cada vez mais importante a formulação, por meio de tratados internacionais, de acordos em matéria tributária entre os países. Dentre tais instrumentos, destacam-se os acordos internacionais de troca de informações tributárias.

Foi nesse contexto que, no âmbito da OCDE, formulou-se a Convenção sobre Assistência Mútua Administrativa em Matéria Tributária, instrumento multilateral, que já conta com a adesão de mais de 100 países, e que possibilita inúmeros mecanismos de compartilhamento de informações entre as administrações tributárias dos países aderentes, adotando um modelo bem-sucedido em outras regiões, como na União Europeia.

O Brasil, ao assinar e promulgar a referida Convenção, insere-se no contexto do que há de mais moderno no que se refere à cooperação internacional tributária. Promove, assim, uma mudança de paradigma de sua atividade de fiscalização tributária. A grande novidade é que o governo brasileiro poderá estabelecer um sistema de troca de informações fiscais automáticas com os demais países.

É preciso ter em mente que o Estado brasileiro possui um sistema tributário injusto, baseado na regressividade tributária, onerando excessivamente os mais pobres. Uma reforma de todo o sistema tributário brasileiro ainda parece algo distante da realidade. Contudo, ao aderir à CMMAMT, principal modelo internacional de intercâmbio de informações tributárias, o Brasil realiza um importante avanço em direção à promoção da justiça fiscal. De um lado, os

mecanismos da Convenção beneficiam a identificação da verdadeira capacidade contributiva dos cidadãos e das empresas, de outro, contribuem para uma fiscalização eficiente quanto ao cumprimento das normas tributárias nacionais. Trata-se, por isso, de uma nova perspectiva para a formulação de uma política tributária mais justa pelo Estado brasileiro.

8 Referências

ÁVILA, Humberto. O princípio da igualdade tributária. In: TÔRRES, Heleno Taveira (org.). *Tratado de direito constitucional tributário: estudos em homenagem a Paulo de Barros Carvalho*. São Paulo: Saraiva, 2005.

AVIYONAH, Reuven S. PANAYI, Christiana HJI. *Rethinking Treaty-Shopping: Lessons for the European Union, Public Law and Legal Theory working paper series, Work paper nº 182, Empirical Legal Studies Center, Working paper nº 10-002, jan. 2010, p. 2. Disponível em: <http://www.law.umich.edu/centersandprograms/lawandeconomics/abstracts/2010/Documents/10-002aviyonah.pdf>. Acesso em: 26 fev. 2017.*

ALVES, Renato José Ramalho; FARIAS, Rodrigo Nóbrega. O regime jurídico dos tratados internacionais em matéria tributária no Brasil. *Revista Científica A Barriguda*, Campina Grande, v. 5, nº. 3, p. 210-233, 2015. Disponível em: . Acesso em: 23 fev. 2017.

CALIENDO, Paulo. Da justiça fiscal: conceito e aplicação. In: TÔRRES, Heleno Taveira (org.). *Tratado de direito constitucional tributário: estudos em homenagem a Paulo de Barros Carvalho*. São Paulo: Saraiva, 2005.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2007

_____. Preços de transferência no Direito Tributário brasileiro. In: PEIXOTO, Marcelo Magalhães; FERNANDES, Edison Carlos (coords.). *Tributação justiça e liberdade*. Curitiba: Juruá, 2004.

CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. Reflexões sobre o Papel do Estado frente à Atividade Econômica. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, v. 1, nº 20, p. 67-75, 1997, p. 69. Disponível em: . Acesso em: 20 fev. 2017.

CEPAL - Comisión Económica para América Latina y el Caribe. *Panorama Fiscal de América Latina y el Caribe 2016: Las finanzas públicas ante el desafío de conciliar austeridad con crecimiento e igualdad*. Santiago: Nações Unidas, 2016.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

ESTEVEAN, Juan Manuel Barquero. *La Función del Tributo en el Estado Social y Democrático de Derecho*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: Madrid, 2002.

FAVEIRO, Vitor. *O Estatuto do Contribuinte*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 2010.

GRUPENMACHER, Betina Treiger. *Tratados internacionais em matéria tributária e ordem interna*. São Paulo: Dialética, 1999.

KINCHECKI, Cristiano. *Direito Tributário Internacional: os tratados de direito tributário e a ordem jurídica nacional*. Florianópolis: Conceitual Editorial, 2010.

LEAL, Rosemiro Pereira Leal. *Soberania e Mercado Mundial*. São Paulo: Editora de Direito, 1996.

MAGALHÃES, José Carlos de. *Direito econômico internacional*. Curitiba: Juruá, 2008.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direito dos tratados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MÉLO, Luciana Grassano de Gouvêa. Princípio da legalidade tributária. In: CAVALCANTI, Francisco; BRANDÃO, Cláudio; ADEODATO, João Maurício (coords.). *Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MIRANDA, Jorge. *Curso de direito internacional público: uma visão sistemática do direito internacional dos nossos dias*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

NAZAR, Nelson. *Direito econômico*. Bauru: EDIPRO, 2004.

OCDE - Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico. *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, Paris: OECD Publishing, 2013. Disponível em: . Acesso em: 20 fev. 2017.

OLIVEIRA, Felipe Faria de. *Direito Tributário e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2010.

OLIVEIRA, Phelippe Toledo Pires. A troca de informações em matéria tributária: práticas e perspectivas brasileiras sobre o assunto, *Revista da PGFN*, Brasília, v. 3, p. 139-160, 2012.

PINHEIRO, Jurandi Borges. *Direito tributário e globalização: ensaio crítico sobre preços de transferência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

SALDANHA SANCHES, J. L. *Justiça Fiscal*. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2010.

TABOADA, Carlos Palao. El principio de capacidad contributiva como criterio de justicia tributaria: aplicacio?n a los impuestos directos e indirectos. In: TÔRRES, Heleno Taveira (org.). *Tratado de direito constitucional tributário: estudos em homenagem a Paulo de Barros Carvalho*. São Paulo: Saraiva, 2005.

TIPKE, Klaus; YAMASHITA, Douglas. *Justiça Fiscal e Princípio da Capacidade Contributiva*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

TÔRRES, Heleno Taveira. *A Pluritributação Internacional sobre a Renda das Empresas*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

TORRES, Ricardo Lobo. O poder de tributar no Estado democrático de direito. In: TÔRRES, Heleno Taveira (coord.). *Direito e poder: nas instituições e nos valores do público e do privado contemporâneos*. Barueri: Manole, 2005.

UCKMAR, Victor. *Princípios comuns de Direito Constitucional Tributário*. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil: tributação das operações internacionais*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

NOTAS:

[1] NABAIS, José Casalta. *O Dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 185.

[2] HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The Cost of Rights: why liberty depends on taxes*. Nova Iorque e Londres: W. M. Norton, 1999, p. 233-236.

[3] MÉLO, Luciana Grassano de Gouvêa. *Estado social e tributação: uma nova abordagem sobre o dever de informar e a responsabilidade por infração*, 2006. 245 f. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas / FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2009, p. 20-21. Disponível em: . Acesso em: 01 nov. 2015.

[4] Durante o Estado Liberal, prevaleceu a ideia de que a tributação deveria ser a menor possível, tão somente para garantir a defesa nacional, a justiça e serviços públicos deficitários. Predominava a neutralidade da tributação perante o mercado (NABAIS, op. cit., 2004, p. 227-228).

[5] RIBEIRO, Maria de Fátima; VINHA, Thiago Degelo. Efeitos socioeconômicos dos tributos e sua utilização como instrumento de políticas governamentais. In: PEIXOTO, Marcelo Magalhães; FERNANDES, Edison Carlos (coords.). *Tributação justiça e liberdade*. Curitiba: Juruá, 2004, p. 658-662.

[6] FAVEIRO, Vitor. *O Estatuto do Contribuinte*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 92-93.

[7] Para ESTEVAN, está consagrado no modelo tributário espanhol o entendimento de que para que o tributo cumpra sua função social, em especial, combatendo as desigualdades socioeconômicas, é preciso que haja não apenas uma aplicação eficiente dos recursos obtidos pelo Estado, mas também a utilização de *técnicas de tributação justas*, baseadas na capacidade contributiva (in ESTEVAN, Juan Manuel Barquero. *La Función del Tributo en el Estado Social y Democrático de Derecho*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: Madrid, 2002, p. 49-60).

[8] Segundo UCKMAR, a capacidade contributiva reafirma o preceito da isonomia tributária e contribui para a justiça fiscal, já que cada indivíduo deve contribuir para o custeio das necessidades da coletividade na medida de sua possibilidade econômica (UCKMAR, Victor. *Princípios comuns de Direito Constitucional Tributário*. São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p. 84-86).

Para Carlos Palao TABOADA, a capacidade contributiva é um conceito indeterminado, porém determinável. Assim, o autor explica que “la capacidad contributiva esta? constituida por lo que resta despues de deducir los gastos necesarios para la existencia, es decir, la renta disponible” (TABOADA, Carlos Palao. El principio de capacidad contributiva como criterio de justicia tributaria: aplicacio?n a los impuestos directos e indirectos. In: TÔRRES, Heleno Taveira (org.). *Tratado de direito constitucional tributário: estudos em homenagem a Paulo de Barros Carvalho*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 291).

[9] Cf. ÁVILA, Humberto. O princípio da igualdade tributária. In: TÔRRES, Heleno Taveira (org.), *op.cit.*, Saraiva, 2005.

[10] Não se desconsidera, contudo, que alguns autores preferem a utilização da expressão *justiça tributária*, na medida em que a ideia de justiça fiscal estaria mais relacionada a questões do orçamento público.

[11] Veja-se, pois, que nosso texto constitucional não proíbe que o Estado atribua tratamento desigual a contribuintes que estejam em situações desiguais. Muito pelo contrário. Promovendo a isonomia material, a Constituição admite, *v. g.*, que a lei complementar disponha sobre “tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte” (art. 146, III, “d”).

[12] OLIVEIRA, Felipe Faria de. *Direito Tributário e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2010, p. 213.

[13] TIPKE, Klaus; YAMASHITA, Douglas. *Justiça Fiscal e Princípio da Capacidade Contributiva*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 18.

[14] Uma análise mais aprofundada sobre o tema é encontrada em CALIENDO, Paulo. Da justiça fiscal: conceito e aplicação. In: TÔRRES, Heleno Taveira (org.). *op. cit.*, Saraiva, p. 390

[15] SALDANHA SANCHES, J. L. *Justiça Fiscal*. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2010, p. 47.

[16] LEAL, Rosemiro Pereira Leal. *Soberania e Mercado Mundial*. São Paulo: Editora de Direito, 1996, p. 204.

[17] Sobre o tema: MAGALHÃES, José Carlos de. *Direito econômico internacional*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 219-220).

[18] Em recente estudo divulgado pela *Comisión Económica para América Latina y el Caribe* (CEPAL), órgão setorial das Nações Unidas, sobre o panorama fiscal na América Latina e no Caribe, chegou-se a conclusão de que a evasão fiscal

era um dos principais problemas do sistema tributário nos países da região. Destacando os efeitos prejudiciais da evasão, o relatório destaca que esta “al limitar la cantidad de recursos fiscales recaudados respecto del nivel potencial, se traduce en políticas públicas deficientes que imposibilitan llevar adelante cambios que a su vez impulsen el desarrollo y la equidad distributiva” (in CEPAL - Comisión Económica para América Latina y el Caribe. *Panorama Fiscal de América Latina y el Caribe 2016: Las finanzas públicas ante el desafío de conciliar austeridad con crecimiento e igualdad*. Santiago: Nações Unidas, 2016, p. 65).

[19] CARVALHO, Paulo de Barros. Preços de transferência no Direito Tributário brasileiro. In: PEIXOTO, Marcelo Magalhães; FERNANDES, Edison Carlos (coords.). *Tributação justiça e liberdade*. Curitiba: Juruá, 2004, p. 550.

[20] “The term ‘treaty-shopping’ is thought to have originated in the US. The analogy was drawn with the term ‘forum shopping’, which described the situation in US civil procedure whereby a litigant tried to ‘shop’ between jurisdictions in which he expected a more favorable decision to be rendered” (AVIYONAH, Reuven S. PANAYI, Christiana HJI. *Rethinking Treaty-Shopping: Lessons for the European Union*, *Public Law and Legal Theory working paper series*, Work paper nº 182, Empirical Legal Studies Center, Working paper nº 10-002, jan. 2010, p. 2. Disponível em: < <http://www.law.umich.edu/centersandprograms/lawandeconomics/abstracts/2010/Documents/10-002aviyonah.pdf>>. Acesso em: 26 fev. 2017)

[21] NAZAR destaca o fenômeno da internacionalização das empresas, afirmando que “as corporações transnacionais aprenderam a transformar em lucros as vantagens comparativas geradas pelas diferenças das economias nacionais. Exemplo disso são os baixos custos de mão-de-obra nos países pobres “(por tudo, ver NAZAR, Nelson. *Direito econômico*. Bauru: EDIPRO, 2004, p. 125-127). Na mesma linha, CAVALCANTI explica que esse panorama caracteriza-se por “reduzir o poder dos Estados (sobre as empresas produtoras), onde se acham implantadas apenas partes, ou parcelas da atividade produtiva”(in: CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. Reflexões sobre o Papel do Estado frente à Atividade Econômica. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, v. 1, nº 20, p. 67-75, 1997, p. 69. Disponível em: . Acesso em: 20 fev. 2017).

[22] TORRES, Ricardo Lobo. O poder de tributar no Estado democrático de direito. In: TÔRRES, Heleno Taveira (coord.). *Direito e poder*. nas instituições e nos valores do público e do privado contemporâneos. Barueri: Manole, 2005, p. 460-465.

[23] O princípio da legalidade, ao qual está submetida a administração tributária, quando analisado sob a perspectiva da primazia da lei, deve ser

aplicado de forma ampla, não apenas se referindo à lei *stricto sensu*, emanada do Parlamento. Na verdade, de forma mais abrangente, os atos administrativos não podem, igualmente, violar outras fontes jurídicas, como os princípios gerais de direito ou tratados e convenções internacionais (cf. MÉLO, Luciana Grassano de Gouvêa. Princípio da legalidade tributária. In: CAVALCANTI, Francisco; BRANDÃO, Cláudio; ADEODATO, João Maurício (coords.). *Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 284).

[24] “Os tratados são fontes cujo centro irradiador é o acordo entre as vontades soberanas dos Estados” (Por tudo, ver FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 190-206).

[25] MIRANDA, Jorge. *Curso de direito internacional público: uma visão sistemática do direito internacional dos nossos dias*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 57. No mesmo sentido, MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direito dos tratados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 41.

[26] Por tudo, ver XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil: tributação das operações internacionais*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 122.

[27] PINHEIRO, Jurandi Borges. *Direito tributário e globalização: ensaio crítico sobre preços de transferência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 40-50.

[28] TÔRRES, Heleno Taveira. *A Pluritributação Internacional sobre a Renda das Empresas*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 62.

[29] CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 79.

[30] GRUPENMACHER, Betina Treiger. *Tratados internacionais em matéria tributária e ordem interna*. São Paulo: Dialética, 1999, p. 102-104.

[31] Inclusive, para o autor o art. 98 do CTN prevê que o tratado internacional é fonte autônoma de direito tributário, sem a necessidade de se proceder qualquer processo de internalização mediante mecanismos de direito interno. Nesse sentido, ver COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 547.

[32] Na mesma linha, KINCHECKI, Cristiano. *Direito Tributário Internacional: os tratados de direito tributário e a ordem jurídica nacional*. Florianópolis: Conceitual Editorial, 2010, p. 106).

[33] Nesse sentido, ver: XAVIER, op. cit., p. 98-122 e COÊLHO, op. cit., 546-548.

[34] O art. 98 do CTN dispõe que “os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha”.

[35] Além do respeito ao *pacta sunt servanda* e à *boa-fé objetiva*, também encontra-se na doutrina diversos outros os argumentos que apontam para a primazia das normas de direito internacional tributário sobre o direito interno: (a) do art. 5º, §2º, da CF se extrai que é garantido aos contribuintes o respeito aos direitos e garantidas previstas em tratados internacionais firmados pelo Estado brasileiro, inclusive, aqueles que versem sobre matéria tributária; (b) por meio de uma interpretação sistemática do texto constitucional, visualiza-se, claramente, uma forte determinação para que o Brasil busque uma integração internacional e cumpra com seus compromissos firmados no âmbito externo (vide arts. 4º, I, IX e parágrafo único; 5º, §2º, art. 105, III, "a"; art. 109, III, IV e §5º, todos da CF); (c) os arts. 5º, §2º, e 150, *caput*, da CF, preveem a possibilidade de se estabelecer outras garantias em matéria tributária, fora aquelas previstas no texto constitucional;; (d) o Brasil deve cumprir seus compromissos internacionais, sob pena de incorrer em grave violação a princípios de ordem moral, perdendo a credibilidade perante a comunidade mundial; (e) os compromissos assumidos internacionalmente, inclusive em matéria tributária, devem ser respeitados, sob o risco de se instaurar um tormentoso cenário de insegurança jurídica, o que desestimula os investimentos estrangeiros. Para um aprofundamento sobre o tema, ver: ALVES, Renato José Ramalho; FARIAS, Rodrigo Nóbrega. O regime jurídico dos tratados internacionais em matéria tributária no Brasil. *Revista Científica A Barriguda*, Campina Grande, v. 5, nº. 3, p. 210-233, 2015. Disponível em: . Acesso em: 23 fev. 2017)..

[36] TÔRRES, op. cit., 2001, 667.

[37] TÔRRES, op. cit., 2001, p. 670.

[38] Promulgado pelo Decreto nº 5.922/2006, o Acordo Brasil-África do Sul, em seu art. 26, §1º, prevê que “as autoridades competentes dos Estados Contratantes trocarão entre si as informações necessárias para aplicar as disposições da presente Convenção ou da legislação interna relativas a impostos de qualquer espécie e descrição exigidos por conta dos Estados Contratantes, na medida em que a tributação em questão não seja contrária à Convenção. A troca de informações não estará restrita pelos Artigos 1 e 2. Qualquer informação recebida por um Estado Contratante será considerada secreta da mesma maneira que uma informação obtida sob a legislação interna desse Estado e será comunicada apenas às pessoas ou autoridades (incluindo tribunais e órgãos administrativos) encarregadas do lançamento

ou cobrança dos impostos referidos acima, da execução ou instauração de processos sobre infrações relativas a esses impostos, ou da apreciação de recursos a eles correspondentes. Essas pessoas ou autoridades utilizarão as informações somente para esses fins”.

[39] OLIVEIRA, Phelippe Toledo Pires. A troca de informações em matéria tributária: práticas e perspectivas brasileiras sobre o assunto, *Revista da PGFN*, Brasília, v. 3, p. 139-160, 2012, p. 147.

[40] A título de exemplo, veja-se os seguintes documentos: Diretiva 77/799/CEE do Conselho, de 19 de Dezembro de 1977, relativa à assistência mútua das autoridades competentes dos Estados-membros no domínio dos impostos diretos e dos impostos sobre os prémios de seguro; o Regulamento (UE) n.º 904/2010 do Conselho, de 7 de Outubro de 2010, relativo à cooperação administrativa e à luta contra a fraude no domínio do imposto sobre o valor acrescentado; e o Regulamento (CE) n.º 2073/2004 do Conselho, de 16 de novembro de 2004, relativo à cooperação administrativa no domínio dos impostos especiais de consumo.

[41] OCDE - Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico. *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, Paris: OECD Publishing, 2013. Disponível em: . Acesso em: 20 fev. 2017.

[42] A emenda à CMMAMT foi formalizada por meio do Protocolo de 1º de junho de 2010.

[43] Contudo, a adesão pelos Estados não membros da OCDE ou do Conselho da Europa não é irrestrita. Para estes, é necessário que sua entrada seja submetido ao crivo dos países já aderentes da Convenção. Nesse sentido, o art. 28, §5º, prevê que: “Art. 28. [...] 5. Após a entrada em vigor do Protocolo de 2010, qualquer Estado não membro do Conselho da Europa ou da OCDE pode solicitar que lhe seja endereçado convite com vista à assinatura e à ratificação da presente Convenção conforme alterada pelo Protocolo de 2010. Qualquer pedido neste sentido deverá ser dirigido a um dos Depositários, que o transmitirá às Partes. O Depositário informará igualmente o Comitê de Ministros do Conselho da Europa e o Conselho da OCDE. A decisão de convidar os Estados que solicitem tornar-se Partes da presente Convenção será tomada mediante consenso das Partes da Convenção, por meio do órgão de coordenação. Relativamente a cada Estado que ratifique a Convenção conforme alterada pelo Protocolo de 2010, nos termos do presente parágrafo, a presente Convenção entrará em vigor no primeiro dia do mês seguinte ao termo de um período de três meses a contar da data de depósito do instrumento de ratificação junto de um dos Depositários”.

[44] “Art. 28. ASSINATURA E ENTRADA EM VIGOR DA CONVENÇÃO

1. A presente Convenção estará aberta para assinatura pelos Estados Membros do Conselho da Europa e pelos países membros da OCDE. Está sujeita a ratificação, aceitação ou aprovação. Os instrumentos de ratificação, aceitação ou aprovação serão depositados junto de um dos Depositários. 2. A presente Convenção entrará em vigor no primeiro dia do mês seguinte ao termo de um período de três meses a contar da data na qual cinco Estados tenham manifestado o seu consentimento no sentido da respectiva vinculação à Convenção em conformidade com o disposto no parágrafo 1º.

[45] Em fevereiro de 2016, o STF concluiu o julgamento, em conjunto, das ADIs 2.386, 2.397 e 2.859 e do RE 601.314, declarando a constitucionalidade da Lei nº 105/2001, que permite o acesso a informações bancárias dos contribuintes pelo fisco, sem a autorização judicial. Naquela oportunidade, a Suprema Corte deixou consignado que não se trata de quebra de sigilo bancário, mas tão somente de transferência de dados bancários confidenciais para a administração tributária, que tem o dever de preservar o sigilo perante terceiros, não havendo, assim, afronta à Constituição.

[46] No caso, discutia-se a aplicabilidade da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, que permite o acesso a informações bancárias pela administração tributária sem necessidade de autorização judicial.

[47] De acordo com informações divulgadas pelo próprio MPF, até o presente momento, foram realizados mais de 112 pedidos de cooperação internacional referentes à Operação Lava Jato. Cf. Acesso em 25. fev. 2017.

REFLEXOS DA COMPENSAÇÃO AMBIENTAL NO ÂMBITO DA RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL OBJETIVA POR DANO OCORRIDO APÓS O LICENCIAMENTO

LUIZA TEODORO DE MENDONÇA:
Advogada. Bacharel em Direito pela
Universidade Federal de Minas Gerais -
UFMG.

RESUMO: A compensação ambiental prevista no art. 36, da Lei nº 9.985/00 sempre foi objeto de constantes debates doutrinários e jurisprudenciais, que vão desde a definição da sua natureza jurídica até o questionamento da própria constitucionalidade do instituto. Reconhecida a sua natureza reparatória, pretende o presente estudo fazer uma análise sobre os reflexos do pagamento da compensação ambiental na definição da responsabilidade civil objetiva do empreendedor por dano verificado após o licenciamento. Com base no entendimento do Superior Tribunal de Justiça, objetivou-se demonstrar que, por contemplar apenas a reparação por danos previsíveis e inevitáveis do empreendimento, o valor pago a título de compensação ambiental não pode servir para afastar eventual responsabilidade posterior do empreendedor por prejuízos não considerados ao longo do licenciamento.

Palavras-Chave: Direito Ambiental; Compensação ambiental; Responsabilidade civil objetiva.

Sumário: 1. INTRODUÇÃO; 2. A COMPENSAÇÃO AMBIENTAL; 2.1 Conceito e natureza jurídica; 2.2 Critérios para definição do valor pago a título de compensação; 3. COMPENSAÇÃO AMBIENTAL E RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO EMPREENDEDOR NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA; 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS; 5 REFERÊNCIAS

1 INTRODUÇÃO

Nos termos do que dispõe o art. 36, da Lei nº 9.985/00, nos casos de licenciamento ambiental de empreendimentos de significativo impacto ambiental, o empreendedor será obrigado a apoiar a implantação e manutenção de unidade de conservação do Grupo de Proteção Integral. A esse apoio previsto na lei,

concretizado a partir da destinação de determinada quantia pelo empreendedor, com base nos estudos técnicos realizados pelo órgão licenciador, comumente é atribuída a denominação “compensação ambiental”.

Mais do que um simples nome, a compensação ambiental representa atualmente um objeto de estudo de importância singular no Direito Ambiental. Os debates doutrinários em torno de sua aplicabilidade vão desde a definição da natureza jurídica do instituto, até os critérios que devem ser observados pelo órgão licenciador para a definição dos valores cobrados do empreendedor.

Também na jurisprudência dos Tribunais Superiores, a compensação ambiental é objeto de intensas discussões. Como exemplo mais significativo desse contexto, pode-se citar o julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal no ano de 2008, referente à ADI nº 3378/DF, ajuizada pela Confederação Nacional das Indústrias (CNI), que questionou justamente os parágrafos 1º, 2º e 3º, do artigo 36 da Lei n. 9.985/00. Naquela oportunidade, apesar de reconhecer a constitucionalidade do instituto, a Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade da expressão “não pode ser inferior a meio por cento dos custos totais para implantação do empreendimento”, prevista no § 1º do dito artigo 36 da Lei n. 9.985/00, entendimento este que reacendeu ainda mais os debates sobre o tema.

Assim, em razão da relevância prática do instituto, pretende o presente artigo, sem a intenção de esgotar a matéria, trazer os aspectos relacionados a um dos principais questionamentos atualmente existentes sobre a compensação ambiental. Especificamente, a partir do reconhecimento da natureza indenizatória do instituto, pretende-se fazer uma análise sobre os reflexos do pagamento da compensação ambiental na definição da responsabilidade civil objetiva do empreendedor por dano verificado após o licenciamento. Nesse intuito, utiliza-se, como base de estudo, a jurisprudência atual do Superior Tribunal de Justiça.

2 A COMPENSAÇÃO AMBIENTAL

2.1 Conceito e natureza jurídica

Nas palavras de Garcia e Silva:

A compensação ambiental, também denominada “compartilhamento-compensação ambiental” pelo Exmo.

Min. Do STF Carlos Ayres Britto, é um instrumento econômico de compensação dos impactos ambientais causados por determinadas atividades, onde o empreendedor deverá compartilhar com o Poder Público e com a sociedade os custos advindos da utilização dos recursos naturais e da implementação de instrumentos de prevenção, controle e reparação dos impactos negativos ao meio ambiente. (GARCIA; SILVA, 2015, p. 354).

Tal compensação é paga durante o processo de licenciamento e, portanto, antes das atividades da empresa. Seu fundamento é o de que toda atividade possui impactos ao meio ambiente e a prestação pecuniária tem a função de compensar os prejuízos que serão causados, com base nos estudos ambientais. Busca reparar os impactos negativos que serão inevitavelmente causados pelo empreendimento, impossíveis de serem mitigados.

Como explicam Milaré e Artigas (2006), a compensação ambiental serve como um contrapeso à coletividade pela utilização de recursos naturais que, mesmo por meio de atividade licenciada, levem a prejuízos ambientais. Segundo os autores, mesmo com os danos eventualmente ocasionados pela ação do empreendedor (custos sociais externos), a compensação ambiental serviria para diminuí-los e proporcionar o desenvolvimento econômico e social, ancorada no princípio do poluidor-pagador.

Para Paulo Affonso Leme Machado (2003), a compensação ambiental é uma contribuição financeira baseada no princípio do usuário-pagador, antecipando possíveis cobranças por danos ambientais. Segundo o autor, o referido instrumento leva à prática os princípios do usuário pagador, do poluidor-pagador, da prevenção, da precaução e da reparação.

Especificamente sobre a natureza jurídica do instituto, observa-se que a doutrina se divide, basicamente, entre três principais classificações. Para uma primeira parcela, capitaneada por autores como Edis Milaré e Priscila Santos Artigas, a compensação ambiental possuiria natureza de tributo. Já para outra parte de autores, como Ricardo Carneiro, o instituto constituiria verdadeiro preço público, fundamentado no princípio do usuário-pagador. Finalmente, para uma terceira corrente, a compensação ambiental possuiria natureza reparatória, de indenização por futuros danos ambientais.

Nesse último sentido, defende Ericka Bechara o seguinte:

Pelo entendimento que temos da compensação ambiental, fazemos coro à corrente que sustenta ser ela uma reparação de danos ambientais futuros, ou seja, uma reparação antecipada ou *ex ante*, devida em virtude de danos não mitigáveis/não evitáveis, identificados antes mesmo de sua ocorrência concreta, quando do licenciamento ambiental da atividade. (BECHARA, 2009, p. 194-195)

No âmbito da jurisprudência dos Tribunais Superiores, observa-se que o Superior Tribunal de Justiça também tem adotado esse último posicionamento, atribuindo à compensação uma natureza indenizatória, a exemplo do entendimento firmado no Recurso Especial n. 896.863/DF, que será analisado adiante em tópico próprio.

Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal, apesar de ter se debruçado sobre diversos aspectos do instituto, quando da análise da ADI nº 3378/DF, ainda não possui uma posição específica sobre o tema. Com efeito, da análise dos fundamentos presentes no acórdão de julgamento da referida ADI, percebe-se que, apenas de passagem, o Ministro Ayres Brito também demonstrou a tendência do reconhecimento da natureza indenizatória do instituto, ao afirmar que os valores pagos pelo empreendedor são “*os custos de prevenção, controle e reparação dos impactos negativos ao meio ambiente*”.

Assim, sem embargo da identificação da presença de características próprias de outros institutos do Direito, parece-nos mais apropriado considerar, de fato, a natureza indenizatória/reparatória da compensação ambiental, servindo o instrumento, fundamentalmente, à reparação dos impactos inevitáveis que o empreendimento a ser licenciado irá causar.

2.2 Critérios para definição do valor pago a título de compensação

Quanto aos parâmetros que devem ser observados na fixação do valor a ser pago pelo empreendedor a título de compensação ambiental, inicialmente mostra-se importante a transcrição da ementa do julgado da citada ADI nº 3378/DF, no qual foi estabelecido a inconstitucionalidade da expressão “não pode ser inferior a meio

por cento dos custos totais previstos para a implantação do empreendimento", prevista no § 1º do art. 36 da Lei nº 9.985/2000, *in verbis*:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 36 E SEUS §§ 1º, 2º E 3º DA LEI Nº 9.985, DE 18 DE JULHO DE 2000. CONSTITUCIONALIDADE DA COMPENSAÇÃO DEVIDA PELA IMPLANTAÇÃO DE EMPREENDIMENTOS DE SIGNIFICATIVO IMPACTO AMBIENTAL. INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL DO § 1º DO ART. 36. 1. O compartilhamento-compensação ambiental de que trata o art. 36 da Lei nº 9.985/2000 não ofende o princípio da legalidade, dado haver sido a própria lei que previu o modo de financiamento dos gastos com as unidades de conservação da natureza. De igual forma, não há violação ao princípio da separação dos Poderes, por não se tratar de delegação do Poder Legislativo para o Executivo impor deveres aos administrados. 2. Compete ao órgão licenciador fixar o quantum da compensação, de acordo com a compostura do impacto ambiental a ser dimensionado no relatório - EIA/RIMA. 3. O art. 36 da Lei nº 9.985/2000 densifica o princípio usuário-pagador, este a significar um mecanismo de assunção partilhada da responsabilidade social pelos custos ambientais derivados da atividade econômica. 4. Inexistente desrespeito ao postulado da razoabilidade. Compensação ambiental que se revela como instrumento adequado à defesa e preservação do meio ambiente para as presentes e futuras gerações, não havendo outro meio eficaz para atingir essa finalidade constitucional. Medida amplamente compensada pelos benefícios que sempre resultam de um meio ambiente ecologicamente garantido em sua higidez. 5. Inconstitucionalidade da expressão "não pode ser inferior a meio por cento dos custos totais previstos para a implantação do empreendimento", no § 1º do art. 36 da Lei nº 9.985/2000. O valor da compensação-compartilhamento é de ser fixado proporcionalmente ao impacto ambiental, após estudo em

que se assegurem o contraditório e a ampla defesa. Prescindibilidade da fixação de percentual sobre os custos do empreendimento. 6. Ação parcialmente procedente. (STF. **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 3378 - DF**, Relator: Ministro CARLOS BRITTO, Data de Julgamento: 09/04/2008. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publ. 20-06-2008)

Logo, nos termos do que restou decidido pelo Supremo Tribunal Federal, afastada a aplicação do percentual mínimo de meio por cento dos custos totais para a implantação do empreendimento, “o valor da compensação-compartilhamento é de ser fixado proporcionalmente ao impacto ambiental, após estudo em que se assegurem o contraditório e a ampla defesa”.

Já no campo da normatividade, necessário ressaltar o disposto no art. 31 do Decreto n. 4.340/02, que regulamenta a Lei nº 9.985/00 e detalha a forma como o cálculo da compensação ocorrerá:

Art. 31. Para os fins de fixação da compensação ambiental de que trata o art. 36 da Lei nº 9.985, de 2000, o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA estabelecerá o grau de impacto a partir de estudo prévio de impacto ambiental e respectivo relatório - EIA/RIMA, ocasião em que considerará, exclusivamente, os impactos ambientais negativos sobre o meio ambiente.

§ 1º O impacto causado será levado em conta apenas uma vez no cálculo.

§ 2º O cálculo deverá conter os indicadores do impacto gerado pelo empreendimento e das características do ambiente a ser impactado.

§ 3º Não serão incluídos no cálculo da compensação ambiental os investimentos referentes aos planos, projetos e programas exigidos no procedimento de licenciamento ambiental para mitigação de impactos, bem como os encargos e custos incidentes sobre o financiamento do

empreendimento, inclusive os relativos às garantias, e os custos com apólices e prêmios de seguros pessoais e reais.

§ 4º A compensação ambiental poderá incidir sobre cada trecho, naqueles empreendimentos em que for emitida a licença de instalação por trecho. (BRASIL, 2002)

Esclarecendo tais disposições normativas, Garcia e Silva explicam que:

Para os fins de fixação da compensação ambiental, o Instituto Brasileiro de Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA estabelecerá o grau de impacto a partir do estudo prévio de impacto ambiental e respectivo relatório – EIA/RIMA, ocasião em que considerará, exclusivamente, os impactos ambientais negativos sobre o meio ambiente. Importante observar que não serão incluídos no cálculo da compensação ambiental os investimentos referentes aos planos, projetos e programas exigidos no procedimento de licenciamento ambiental para mitigação de impactos ambientais. Esclarece Milaré que a “(...) metodologia de cálculo da compensação ambiental não mais poderá se basear nos custos totais previstos para a implantação do empreendimento (...), pois o valor exigido deve se relacionar com o real impacto negativo e não mitigável a ser causado ao meio ambiente (...) os recursos que o empreendedor despender têm, em princípio, uma relação direta com a área em que os prejuízos ambientais possam ocorrer”. O objetivo da norma é excluir do cálculo da fixação da compensação ambiental investimentos a serem feitos pelo empreendedor em benefício da proteção ambiental. (GARCIA; SILVA, 2015, p. 357).

Dessa forma, em termos gerais, uma vez afastada a aplicação do percentual mínimo de meio por cento dos custos totais para a implantação do empreendimento, deve-se fixar o valor da compensação de modo proporcional, possibilitando-se

sempre a participação do empreendedor ao longo do procedimento, a fim de que o contraditório e a ampla defesa sejam assegurados.

Ademais, sobre o procedimento específico a ser adotado, nos termos do que disciplina o art. art. 31 do Decreto n. 4.340/02, competirá ao IBAMA, com base no estudo prévio de impacto ambiental e respectivo relatório - EIA/RIMA, definir o grau de impacto da atividade. Nesse cálculo, somente poderão ser levados em conta os impactos negativos do empreendimento, sendo afastado, por via de consequência, os custos realizados pelo empreendedor em benefício da proteção ambiental.

3 COMPENSAÇÃO AMBIENTAL E RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO EMPREENDEDOR NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

De um modo geral, na esteira do assente entendimento adotado pelos Tribunais Superiores, a responsabilidade civil ambiental encontra-se pautada na teoria objetiva do risco integral, segundo a qual deve ser responsabilizado pelos danos ambientais todo aquele que exerce uma atividade de risco, não se admitindo, para essa hipótese, o reconhecimento da existência de eventuais excludentes de nexo causal, a exemplo do caso fortuito e força maior.

Nesse sentido, transcreve-se trecho de julgado paradigma do Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO. DANO AMBIENTAL. SANÇÃO ADMINISTRATIVA. IMPOSIÇÃO DE MULTA. EXECUÇÃO FISCAL. 1. Para fins da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, art 3º, entende-se por: I - meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas; II - degradação da qualidade ambiental, a alteração adversa das características do meio ambiente; III - poluição, a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente: a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população; b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas; c) afetem desfavoravelmente a biota; d) afetem as condições estéticas

ou sanitárias do meio ambiente; e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos; 2. Destarte, é poluidor a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental; 3. O poluidor, por seu turno, com base na mesma legislação, art. 14 - "sem obstar a aplicação das penalidades administrativas" é obrigado, "independentemente da existência de culpa", a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, "afetados por sua atividade". 4. Depreende-se do texto legal a sua responsabilidade pelo risco integral, por isso que em demanda infensa a administração, poderá, inter partes, discutir a culpa e o regresso pelo evento [...]. (STJ. **RECURSO ESPECIAL Nº 442586 - SP**, Relator: Ministro LUIZ FUX, Data de Julgamento: 24/02/2003.)

Cabe destacar, por outro lado, que do ponto de vista da responsabilidade civil do empreendedor, a aplicação da teoria objetiva do risco integral, justamente por se basear unicamente no risco da atividade desenvolvida, faz com que seja irrelevante qualquer averiguação sobre a licitude ou ilicitude da conduta do agente. Em outras palavras, uma vez constatado o dano ambiental, será irrelevante verificar se o poluidor agiu ou não em desacordo com os padrões estabelecidos pela licença que autorizou o desenvolvimento da atividade. De toda forma, sendo lícita ou ilícita a conduta, haverá a responsabilização civil pelo dano causado.

Nesse contexto, Maria Izabel de Matos Rocha salienta que:

A permissão de atividade, mediante certos requisitos, e o fato de a empresa estar agindo com a observância desses requisitos não exclui a responsabilidade, pois não se trata de analisar a violação de uma norma preestabelecida, mas de verificar se houve dano causado pelo risco dessa atividade. (ROCHA, 1996, p. 145).

No mesmo norte, encontra-se a seguinte afirmação de José Afonso da Silva:

Não libera o responsável nem mesmo a prova de que atividade foi licenciada de acordo com o respectivo processo

legal, já que as autorizações e licenças são outorgadas com a inerente ressalva de direitos de terceiros; nem que exerce a atividade poluidora dentro dos padrões fixados, pois isso não exonera o agente de verificar, por si mesmo, se sua atividade é ou não prejudicial, se está ou não causando dano. (SILVA, 2002, p. 314).

Todavia, em que pese ser de fácil compreensão o dever do empreendedor responder por todos os danos ambientais causados por sua atividade, sendo ela lícita ou não, o mesmo não ocorre quanto à obrigação de reparar os prejuízos causados em decorrência do desenvolvimento de empreendimento que já fora objeto de prévia compensação, nos moldes do que determina o § 1º do artigo 36 da Lei n. 9.985/00, ora objeto de análise.

De fato, no caso concreto, a verificação do pagamento prévio de certa quantia a título de compensação ambiental, como condicionante para a obtenção da licença ambiental, pode gerar a falsa ideia de que todos os danos futuros causados pelo empreendimento já se encontram devidamente reparados pelo empreendedor, sendo inviável qualquer responsabilização posterior, quando da efetiva constatação do prejuízo.

Essa falsa percepção é reforçada pela atribuição de natureza jurídica reparatória à compensação, bem como pela análise do procedimento adotado para a quantificação do valor a ser pago previamente pelo empreendedor, nos moldes como acima exposto.

Com efeito, em uma análise superficial do instituto, considerando-se que a compensação ambiental foi pensada justamente para reparar os efeitos negativos futuros do empreendimento, não seria razoável a posterior responsabilização do empreendedor por danos causados no desenvolvimento regular da atividade licenciada, sob pena de configuração de verdadeiro *bis in idem*.

Esse, contudo, não é o entendimento que deve prevalecer na prática. Isso porque, conforme acima ressaltado, a compensação ambiental somente se justifica em relação aos danos inevitáveis do empreendimento, não se prestando à reparação dos prejuízos que, sob qualquer aspecto, seriam passíveis de sofrer certa mitigação.

Nesse ponto, desde logo é pertinente notar que, caso seja comprovado no futuro que determinado dano causado pelo empreendimento poderia ter sido evitado com medidas preventivas mitigadoras, somente com base nessa constatação já seria possível o reconhecimento de novo dever de indenizar, ainda que presente o pagamento de compensação anterior, na fase de licenciamento.

Qualquer interpretação que se afaste dessa conclusão extrapola, inevitavelmente, os limites de aplicação do próprio princípio do poluidor-pagador, um dos vetores fundantes do instituto da compensação ambiental. Conforme ensina a melhor doutrina sobre o tema, apesar de ser dirigido à responsabilização do causador do dano ambiental, o princípio do poluidor-pagador não pode ser entendido como uma autorização para a poluição a qualquer preço, de modo a admitir a degradação até naquelas hipóteses em que seria possível a mitigação dos prejuízos.

Sobre esse aspecto, esclarecedoras são as lições de Frederico Amado:

Ressalte-se que este Princípio não deve ser interpretado de forma que haja abertura incondicional à poluição, desde que se pague (não é pagador-poluidor), só podendo o poluidor degradar o meio ambiente dentro dos limites de tolerância previstos na legislação ambiental, após licenciado. (AMADO, 2014, p.94)

Assim, havendo a ocorrência de danos evitáveis, não poderá o empreendedor se valer da compensação paga anteriormente como forma de evitar a incidência de responsabilização civil pelos prejuízos ambientais causados pelo empreendimento. A reparação decorrente da compensação ambiental, nessas circunstâncias, a contrário senso, somente deve ficar restrita àqueles danos inevitáveis, que decorram da natureza da própria atividade desenvolvida pelo empreendedor, já considerados pelo órgão licenciador na fase de definição do *quantum* indenizatório.

Esse, a propósito, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSO CIVIL E AMBIENTAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, DO CPC. OMISSÃO NÃO CONFIGURADA. COMPENSAÇÃO AMBIENTAL. ART. 36 DA LEI Nº 9.985/2000.1. Não há violação do art. 535 do CPC quando o Tribunal de origem resolve a controvérsia de maneira sólida e fundamentada. 2. O artigo 36 da Lei n.º 9.985/2000 prevê

o instituto de compensação ambiental com base em conclusão de EIA/RIMA, de que o empreendimento teria significativo impacto ambiental e mensuração do dano previsível e indispensável a sua realização. 3. A compensação tem conteúdo reparatório, em que o empreendedor destina parte considerável de seus esforços em ações que sirvam para contrabalançar o uso de recursos naturais indispensáveis à realização do empreendimento previsto no estudo de impacto ambiental e devidamente autorizados pelo órgão competente. 4. O montante da compensação deve ater-se àqueles danos inevitáveis e imprescindíveis ao empreendimento previsto no EIA/RIMA, não se incluindo aqueles que possam ser objeto de medidas mitigadoras ou preventivas. 5. A indenização por dano ambiental, por seu turno, tem assento no artigo 225, § 3º, da Carta da Republica, que cuida de hipótese de dano já ocorrido em que o autor terá obrigação de repará-lo ou indenizar a coletividade. Não há como se incluir nesse contexto aquele foi previsto e autorizado pelos órgãos ambientais já devidamente compensado. 6. Os dois institutos têm natureza distinta, não havendo bis in idem na cobrança de indenização, desde que nela não se inclua a compensação anteriormente realizada ainda na fase de implantação do projeto .7. O pleito de compensação por meio do oferecimento de gleba feito previamente pelo Governo do Distrito Federal como meio de reparar a construção da estrada em área de conservação não pode ser acolhido, seja pela inexistência de EIA/RIMA - requisito para aplicação do artigo 36 da Lei nº 9.985/2000-, seja pela existência de danos que não foram identificados nos relatórios técnicos que justificaram a dispensa do estudo.8. A indenização fixada em R\$ 116.532,00 (cento e dezesseis mil, quinhentos e trinta e dois reais) já se justificaria pela existência dos danos ambientais gerados pela obra que não foram contemplados por medidas que os minorassem ou evitassem. O simples fato de o Governo do Distrito Federal gravar determinado espaço

como área de conservação ambiental não lhe permite degradar como melhor lhe aprouver outra extensão da mesma unidade sem observar os princípios estabelecidos na Carta da Republica .9. Recursos especiais não providos. (STJ. **RECURSO ESPECIAL Nº 896.863 - DF**, Relator: Ministro CASTRO MEIRA, Data de Julgamento: 19/05/2011, T2 - SEGUNDA TURMA)

Como se vê, no julgado acima, de modo acertado, a Corte Cidadã afastou a possibilidade de consideração dos valores pagos a título de compensação, sob o argumento de que os danos causados pelo empreendimento não haviam sido anteriormente reconhecidos pelo órgão ambiental licenciador. Dessa forma, por extrapolar o dano previsto na época do licenciamento, o prejuízo ambiental decorrente do empreendimento foi objeto de específica responsabilização, que desconsiderou o valor anteriormente pago a título de compensação.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento de uma atividade econômica, por mais simples que seja, sempre será capaz de causar prejuízos ao meio ambiente. Justamente por serem inevitáveis, esses impactos devem sempre ser objeto de redobrada atenção do órgão ambiental responsável pela autorização da atividade. Em simples palavras, todo processo de licenciamento deverá possuir, obrigatoriamente, uma fase em que caberá ao órgão responsável avaliar e quantificar precisamente quais serão os danos inevitáveis do empreendimento. Somente a partir dessa análise é que, então, será possível calcular os riscos que a atividade representa ao meio ambiente.

Nesse contexto foi pensado o instituto da compensação ambiental. Com efeito, de acordo com previsão contida no art. 36, da Lei nº 9.985/00, sempre que o órgão ambiental licenciador identificar a presença de uma atividade que envolva significativo impacto ambiental, deverá cobrar, como contrapartida, um percentual do valor do empreendimento, a ser destinado à implantação e manutenção de unidade de conservação do Grupo de Proteção Integral.

Em tais circunstâncias, como visto acima, há uma verdadeira antecipação da reparação pelos danos ínsitos ao desenvolvimento da atividade de significativo impacto ambiental. Como resultado da aplicação de princípios típicos do Direito

Ambiental, a exemplo do usuário-pagador e poluidor-pagador, objetivou a norma legal já, de antemão, impor uma obrigação reparatória prévia àqueles danos que são da própria natureza da atividade econômica desenvolvida. Por certo, se os danos do empreendimento irão repercutir em todos, dada a própria essência difusa do meio ambiente, nada mais justo que o empreendedor, maior beneficiário dos lucros da atividade, já antecipe, quando possível, a reparação dos prejuízos quantificados pelo órgão licenciador.

No entanto, de modo algum, o pagamento da compensação ambiental pode ser entendido como uma autorização desmedida para poluir. De fato, a teor do que ratifica o Superior Tribunal de Justiça, importante sempre ressaltar que a reparação contemplada pela compensação ambiental abarca tão apenas os danos inevitáveis do empreendimento, ou seja, aqueles que, sob qualquer aspecto, são impassíveis de sofrer qualquer tipo de mitigação. Naturalmente, caso ocorram outros danos ao longo do desenvolvimento da atividade econômica, seja por terem sido desconsiderados no momento do licenciamento, seja por extrapolarem os prejuízos inicialmente considerados, deverá incidir normalmente a responsabilização civil objetiva típica da seara ambiental.

5 REFERÊNCIAS

AMADO, Frederico Augusto Di Trindade. **Direito ambiental esquematizado**. 5.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

BECHARA, Érika. **Licenciamento e compensação ambiental**. Atlas: 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RECURSO ESPECIAL Nº 442586 - SP**, Relator: Ministro LUIZ FUX, Data de Julgamento: 24/02/2003. Disponível em: . Acesso em: Out. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RECURSO ESPECIAL Nº 896.863 - DF**, Relator: Ministro CASTRO MEIRA, Data de Julgamento: 19/05/2011, T2 - SEGUNDA TURMA. Disponível em: . Acesso em: Out. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 3378 - DF**, Relator: Ministro CARLOS

BRITTO, Data de Julgamento: 09/04/2008. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publ. 20-06-2008. Disponível em: . Acesso em: Out. 2017.

GARCIA, Leonardo de Medeiros e SILVA, Romeu Faria Thomé. **Direito Ambiental**. 8ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2003.

MILARÉ, Édis e ARTIGAS, Priscila Santos. **Compensação ambiental: questões controvertidas**. Revista de Direito Ambiental, n. 43, jul-set. 2006. São Paulo: RT

ROCHA, Maria Izabel de Matos. **Reparação de Danos Ambientais**. Revista de Direito Ambiental. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.5, n.19, Jul./ Set, 1996.

SILVA, José Afonso. **Direito Ambiental Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

A TUTELA JURÍDICA DO AFETO NA FILIAÇÃO E O DEVER DE INDENIZAR

ANA PAULA BERLATTO FÃO FISCHER:
Advogada. Com mestrado na Universidade de Barcelona em Direito Civil. Cursando Pós-Graduação de Direito Constitucional da LFG. Pós-graduação em Direito de Família na Universidade de Barcelona. Graduada em Direito na PUCRS.

RESUMO: O presente estudo objetiva investigar a proteção jurídica do afeto nas relações familiares no ordenamento jurídico e sua importância tanto para a configuração da entidade familiar, a filiação e o dever de convivência familiar dos pais com os filhos. Ademais, pretende-se verificar o ilícito civil decorrente da omissão do dever de cuidado dos genitores em relação a sua prole que configura o dever de indenizar decorrente do abandono afetivo.

Palavras-chave: Direito de família. Filiação. Socioafetividade. Afeto. Convivência familiar. Paternidade responsável. Dignidade humana. Responsabilidade civil. Abandono afetivo.

RESUMEN: El presente estudio tiene como objetivo investigar la protección jurídica del afecto en las relaciones familiares en el ordenamiento jurídico y su importancia tanto para la configuración de la entidad familiar, la afiliación y el deber de convivencia familiar de los padres con los hijos. Además, se pretende verificar el ilícito civil resultante de la omisión del deber de cuidado de los genitores en relación a su prole que configura el deber de indemnizar derivado del abandono afectivo.

Palabras clave: Derecho de familia. Filiación. Socioactividad. Afecto. Convivencia familiar. Paternidad responsable. Dignidad humana. Responsabilidad civil. Abandono afectivo.

Sumário: 1. As transformações de valores nas relações familiares a partir da Constituição Federal de 1988. 1.2 O Afeto no Código Civil de 2002. 2. O afeto nas três dimensões do direito. 3. Do Abandono Afetivo e do dever de indenizar. Conclusões. Referências.

1. AS TRANSFORMAÇÕES DE VALORES NAS RELAÇÕES FAMILIARES A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição Federal de 1988 surge em meio a um Código Civil desatualizado e a uma legislação ordinária dispersa, a fim de reunificar o direito privado, imprimindo uma nova tábua de valores e trazendo grandes transformações no Direito de Família.

Dois fatores influenciaram de maneira decisiva a transformação da família patriarcal, assim como do direito privado: a urbanização e inclusão da mulher no mercado de trabalho, conferindo maiores poderes econômico e social. Tendo em vista essa mudança social, verificou-se a valorização da figura feminina, a igualdade entre homem e mulher, seguida de uma divisão de tarefas entre os cônjuges no âmbito familiar e a conseqüente redução da prole, o que possibilitou um maior convívio entre os membros familiares, criando laços de afeto que os unem e os identificam.

Conforme ensina Jacqueline Filgueiras Nogueira: *“A nova família perde em número de membros, mas ganha em qualidade de afeto, uma vez que, reduzido o círculo familiar, estreitam os laços de sentimento [...] se tornando uns suportes emocionais dos outros [...]”*^[1]. O ser, por si só, passou a ser valorizado na relação familiar afastando o interesse patrimonial e institucional que até então existia para dar espaço aos sentimentos pessoais, à busca pela felicidade de cada membro familiar, decorrente do sobreprincípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição Familiar), configurando a denominada família eudemonista.

Diante dessa mudança expressiva de valores da sociedade, surge a Constituição Federal de 1988 para contrapor o modelo totalitário do Código Civil de 1916, a fim de elevar o indivíduo, consolidando como núcleo do ordenamento jurídico a dignidade humana, em detrimento dos interesses de cunho pecuniário.

As transformações no Direito de Família foram expressivas, especialmente no que tange ao conceito de família e de filiação. Isto porque passaram a ser reconhecidos outros tipos de família além daquela fundada no matrimônio; entendeu-se que entidade familiar é um grupo de indivíduos ligados voluntariamente por elos afetivos, independente de identidade sanguínea, ou

formalidades matrimoniais, com o objetivo de satisfação existencial e emocional tanto pessoal como coletiva.

Nota-se a prevalência dos interesses da pessoa humana no grupo familiar, configurando a família como espaço de realização pessoal e da dignidade humana em que são valorizadas as aptidões de seus membros, bem como seus anseios e sentimentos. Verifica-se a transformação do núcleo do Direito que passa a ser o indivíduo e, mais especificamente, no Direito de Família, a afetividade, conduzindo ao fenômeno jurídico-social denominado de repersonalização das relações civis, em que há a recusa da coisificação da pessoa, para ressaltar a sua dignidade.^[2] Ensina Paulo Lôbo:

A repersonalização, posta nesses termos, não significa um retorno ao vago humanismo da fase liberal, ao individualismo, mas é a afirmação da finalidade mais relevante da família: a realização da afetividade pela pessoa no grupo familiar; no humanismo que só se constrói na solidariedade – no viver com o outro.^[3]

Passou-se a reconhecer situações que antes não eram legitimadas pelo direito e que, apesar de possuírem todas as características da verdadeira paternidade, exceto a origem biológica, eram relegadas pelo direito brasileiro, deixando desprotegidos os filhos criados pelo afeto. A Carta Magna inova ao reconhecer a filiação também às situações de fato, isto é, ao estabelecer que as relações não cobertas pelo manto da consanguinidade, nem pelas formalidades da adoção, mas somente pela afetividade, também devem ser declaradas como legítimas, elevando à condição de filho aquele criado por uma simples relação de amor.

Embora não haja menção expressa ao princípio da afetividade no ordenamento jurídico brasileiro, a Carta Magna vigente apresenta quatro fundamentos capazes de assegurar tal princípio, quando concretiza a igualdade de todos os filhos independentemente da origem, conforme o art. 227, § 6

°, bem como o reconhecimento da adoção advinda do afeto (art. 227, §§ 5º e 6º), como também a previsão do art. 226, § 4º, ao dispor sobre a tutela estatal da comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo os

adotivos, e, por último, o direito à convivência familiar como prioridade absoluta da criança e do adolescente (art. 227).

Esta última regra configura a denominada proteção integral do menor, ao passo que reconhece como direito fundamental da criança a convivência familiar, transformando-a em sujeito de direito, em respeito à dignidade da pessoa humana. O princípio da afetividade também é recepcionado pela Constituição Federal com base no art. 5º, §2º^[4], e certamente decorre do princípio da dignidade da pessoa humana.

Ademais, além de o afeto ser elemento jurídico para configuração de uma entidade familiar e da filiação socioafetiva, também é um dever imposto àqueles que detêm o poder familiar, e decorre do dever de cuidado a eles atribuído em relação à prole no que tange ao dever de educação, criação e companhia que os pais devem ter com os filhos (art. 229 da Constituição Federal e 22 da Lei n.º8.069/90), o que advém do princípio da paternidade responsável no sentido de atribuir deveres muito além aos de assistência material àquele que optar, livremente, em gerar um filho (art. 226, §7º, da Carta Magna), como o dever de participar de seu desenvolvimento de forma ativa e positiva para fomentar o saudável desenvolvimento da personalidade de sua prole.

Portanto, verifica-se que o objetivo máximo da nova norma é a felicidade do ser humano, sendo, portanto, imperiosa a tutela constitucional expressa do afeto como valor jurídico, independentemente se resulta de elos de consanguinidade ou de afinidade.

1.2 O AFETO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Não obstante não tenha constado expressamente, a Constituição Federal (como já foi analisado acima), bem como o atual Código Civil reconheceram, ainda que indiretamente, a filiação socioafetiva, alcançando todos os direitos aos filhos do coração, admitindo que tal relação também gera vínculo de parentesco. O art. 1.593, do Código Civil, consagrou o parentesco em duas espécies: o natural, se decorrente da consanguinidade, e o civil, se advindo de “outra origem”, evidenciando a abertura do sistema à recepção de novas formas de elos familiares, independentemente do modo pelo qual foram constituídos. Depreende-se desta regra que os filhos podem provir do casamento, da união estável, da entidade

monoparental, ou até mesmo de outra entidade familiar reconhecida implicitamente pelo ordenamento jurídico, sendo indiferente a existência de vínculo biológico ou não. Ensina Maria Benenice Dias:

Existem três critérios para o estabelecimento do vínculo parental: a) **critério jurídico** – previsto no Código Civil, estabelece a paternidade por presunção, independentemente da correspondência ou não com a realidade (CC 1.597); b) **critério biológico** – é o preferido, principalmente em face da popularização do exame do DNA; e c) **critério socioafetivo** – fundado no melhor interesse da criança e na dignidade da pessoa humana, segundo o qual pai é o que exerce tal função, mesmo que não haja vínculo de sangue. A disciplina da nova filiação há que se edificar sobre os três pilares constitucionalmente fixados: plena igualdade entre filhos, desvinculação do estado de filho do estado civil dos pais e a doutrina da proteção integral.^[5] (a grifo nosso)

Neste aspecto, a filiação passa a ser reconhecida pelo simples fato de haver amor, confiança, identidade psicológica e afeto, advindos de uma convivência consistente que dá origem a elos de afinidade e afetividade entre pessoas que, sem haver consanguinidade, se amam e se reconhecem como família. Há valorização do sentimento, há verificação do *animus* em ser pai ou mãe, em criar uma pessoa como filho, participando de forma efetiva de sua educação e desenvolvimento através do convívio.

Ademais, o afeto também encontra-se presente nas relações familiares protegidas pelo Código Civil quando estabelece que o exercício do poder familiar consiste na direção de criação e educação dos filhos (art. 1.634, I, do CC), o que consagra o direito à convivência familiar entre filhos e pais, assegurando, inclusive, o direito de visitas e estarem em companhia (art. 1.588 do CC), evidenciando que o dever de cuidado na relação parental não é apenas um direito, mas também um dever inerente à condição de genitor.

2. O AFETO NAS TRÊS DIMENSÕES DO DIREITO

Conforme Sérgio Resende de Barros, o afeto aparece, de forma diversa, em cada uma das três dimensões clássicas do Direito.^[6] A primeira geração dos direitos pretendeu tutelar os direitos individuais, os quais versam sobre o que o cidadão está autorizado a fazer, constituindo a liberdade individual como direito fundamental do ser humano, ou melhor, constituindo direitos humanos na forma de liberdades individuais.

Dessa forma, o afeto passou a ser reconhecido como direito individual na medida em que foi assegurado o direito de amar alguém e de ser amado, independentemente da origem ou da condição do indivíduo, por livre e espontânea vontade decorrente de uma relação entre pessoas que se afeiçoam em razão de afinidade. O afeto é reconhecido na Constituição Federal como direito individual implícito no art. 5º, § 2º, configurado em uma liberdade constitucional que deve ser tutelada e respeitada.

Após a primeira geração, verificou-se a ineficácia da mera declaração dos direitos fundamentais, ainda que por força de lei, pois a liberdade estava assentada em uma igualdade meramente formal, que não chegava a ser alcançada na prática, diante da disparidade dos meios culturais, sociais e econômicos dispostos na sociedade, o que impedia a realização tanto da liberdade quanto da igualdade, figurando-as, praticamente, como letra morta da lei. Sendo assim, tornou-se necessário garantir a eficácia social dos direitos individuais do homem para que se tornassem uma realidade. Para tanto, foram incentivados os meios sociais, culturais e econômicos como única forma de assegurar os direitos fundamentais, a fim de reconhecer as reais desigualdades existentes no corpo social e a partir daí gerar uma igualdade de direitos entre todos.

Assim, a fim de garantir os direitos individuais, surgiram os direitos de segunda geração, em que se passou a tutelar as categorias mais fracas da sociedade para resguardar a igualdade social ao tratar desigualmente as classes visivelmente desiguais e desprotegidas a fim de atender suas necessidades e anseios, permitindo o exercício dos direitos individuais.

Quanto ao afeto nesta geração, verifica-se que uma relação de afeição gera vínculos, dando ensejo a outros fatos que o direito tutela, devendo ser encarado como fator social, gerador de obrigação e responsabilidade em face da sua importância na sociedade. É fator social, pois gera direitos e obrigações como

casamento, filiação, alimentos. Assim, desde sua origem, o afeto, na verdade, obriga de modo natural em razão da força emotiva envolvida em uma relação, desenvolvendo uma função social inerente. O objetivo é coadunar liberdade de afeição à responsabilidade, pois a permissão em lei, também gera obrigações.

Já no século XX, diante dos episódios como as guerras e os genocídios vivenciados, surgiu a preocupação de proteger o homem e sua sobrevivência contra o próprio ser humano. Surgem, assim, os direitos de terceira geração, denominados de direitos de solidariedade, pretendendo tutelar a espécie humana como um todo, constituindo, para tanto, direitos sociais genéricos como direito à paz, à preservação ao meio ambiente, entre outros. São direitos difusos, devendo ser interpretados simultaneamente aos direitos de primeira e segunda geração, evidenciando uma necessária coexistência dessas gerações para que haja a efetiva concretização dos direitos garantidos em lei.

Nesta última fase, o afeto aparece como direito baseado na solidariedade, gerando responsabilidade solidária, ou seja, “obriga todos os sujeitos no necessário a preservar com dignidade o gênero humano”.^[7] Assim, o art. 227, da Constituição Federal, imputa tal obrigação à família, mas também à sociedade e ao Estado, criando a regra de que todos devem assegurar condições de dignidade à criança e aos adolescentes, e na falta de um deles, suprir sua ausência de modo efetivo no desenvolvimento e criação do menor.

Em suma, verifica-se que o afeto, de fato, é reconhecido como direito, estando articulado na Constituição Federal entre as três dimensões do direito ao garantir o próprio afeto e seus efeitos, devendo todas as gerações ser interpretadas simultaneamente, completando uma as outras, a fim de consagrar o princípio máximo: a dignidade da pessoa humana.

3. DO ABANDONO AFETIVO E O DEVER DE INDENIZAR

O princípio da dignidade da pessoa humana objetiva enaltecer o ser humano como centro do ordenamento jurídico e de todas as outras coisas, devendo ter prioridade sobre qualquer interesse, e elevado em primeiro plano nas relações civis, dando origem ao fenômeno da personalização, ou da repersonificação do direito. Este princípio visa a assegurar ao homem os direitos e garantias fundamentais previstos em lei, a fim de impedir todo o ato atentatório contra sua

dignidade, podendo ser esta interpretada como sinônimo de felicidade. O ser humano para ser plenamente feliz precisa conviver em sociedade, necessita do contato com outros indivíduos, o que dará origem a uma relação assentada no afeto, a qual deve ser tutelada, sob pena de violação a sua dignidade, ao seu direito de ser feliz, garantindo o direito à filiação integral, o que incluiu o direito de ser criado na companhia e na convivência com os pais, desde que não prejudique seu interesse e desenvolvimento.

Conforme demonstrado anteriormente, o ordenamento jurídico brasileiro assegura o direito e o dever dos pais de terem seus filhos em sua companhia, de educa-los, cria-los (art. 229 da Carta Magna e art. 1.634, I, do CC), o que somente é possível através da convivência familiar, sendo esta um direito fundamental da criança e adolescente (art. 227 da Constituição Federal e art. 19 da Lei n.º8.069/30) com prioridade absoluta, decorrente dos princípios da proteção integral (art. 1º, 3º e 4º da Lei n.º8.069/90), do melhor interesse do menor, sendo imprescindível para o desenvolvimento saudável de sua personalidade e concretização de sua dignidade (art. 6º da Lei n.º8.069/90).

Depreende-se do princípio da paternidade responsável, disposto no art. 226, §7º, da Constituição Federal, a faculdade alcançada pela lei aos pais com relação à autonomia para decidir, de forma responsável e consciente, a questão de ter ou não filhos, bem como quantos pretendem e entendem razoável criar; este princípio também pode ser interpretado no sentido da responsabilidade dos pais para com a prole mediante o exercício do dever parental.^[8]

O referido dever de paternidade responsável está ligado à socioafetividade, pois a opção em ser pai deriva expressamente dessa autonomia garantida pelo Estado de escolher acerca da concretização da paternidade ou da maternidade, contudo a lei também exige ser essa opção exercida de forma razoável e consciente. Conforme Joubert R. Rezende: *“Há uma exigência da participação responsável dos atores sociais na busca da dignidade do ser humano [...]”*^[9], o que significa que todos, ao exercer o papel de pai ou mãe, ou não, principalmente no momento da escolha por esta qualidade, devem agir de forma responsável a fim de assumir todos os atributos inerentes à filiação.

Portanto, não se impõe a ninguém, nem mesmo aos genitores, o dever de amar, mas sim de cumprir suas obrigações jurídicas em relação a sua prole, deveres

que foram assumidos livremente diante do exercício da paternidade responsável ao optar por gerar um filho, impondo-se, assim, o dever não apenas de satisfazer as necessidades vitais, como alimentos, moradia, saúde para que a pessoa sobreviva, mas também que cumpra outros elementos imateriais necessários para uma formação psíquica adequada, sendo o dever de cuidado, exercido através da convivência familiar, imprescindível ao desenvolvimento de um indivíduo com integridade física e psíquica saudável.

A Carta Magna, em seu art. 5º, incisos V e X, prevê expressamente a possibilidade de reparação por danos morais, assim como o Código Civil, em seu art. 186. A base principal que sustenta a reparação do dano moral está assentada no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, concretizado no art. 1º, III, da Constituição Federal, e nos direitos da personalidade do indivíduo, evidenciando a preocupação primeira da ordem constitucional vigente de realçar os valores da pessoa humana como núcleo do ordenamento jurídico.

Ao contrário da reparação patrimonial, o dano moral, na verdade, é insusceptível de reparação ao *status quo ante*, podendo ser, no máximo, compensado por uma obrigação pecuniária a ser custeada pelo agente causador do dano, evidenciando ter muito mais uma função satisfatória do que reparatória. Este instituto também tem certo caráter punitivo ao agente a fim de desestimular novas agressões, quando o condena ao pagamento de quantia pecuniária, tendo função pedagógica tanto pessoal como social, embora não seja o aspecto mais importante da indenização. Assim, verifica-se a dupla função do dano moral: a compensatória e a punitiva/pedagógica, ainda que a primeira tenha destaque quanto esta última no âmbito da responsabilidade civil na relação de filiação.

Atualmente é imperiosa a correta configuração do dano moral de acordo com seu fundamento teórico a fim de evitar a sua banalização, para impedir que meros aborrecimentos do cotidiano deem margem ao pleito de indenização, o que pode dar origem a uma verdadeira industrialização da indenização, o que não é a finalidade do instituto.

De fato, não é qualquer contrariedade à dignidade humana que acarretará dano moral, mas somente aquelas situações que fogem à normalidade, influenciando intensamente no equilíbrio psicológico da vítima, causando-lhe

sentimentos negativos, como perturbação psíquica, sofrimento, angústia, depressão, etc.

A valorização da realização pessoal do indivíduo dentro do núcleo familiar, bem como da afetividade nas relações familiares como meio de satisfação pessoal e do grupo mediante a igualdade de seus membros, o respeito mútuo entre eles, o amor e o afeto empenhado na relação passaram a ser tutelados pela ordem jurídica brasileira como valores intrínsecos da instituição familiar, devendo ser respeitados e impostos à todos, sejam partes ou não do grupo familiar, havendo consanguinidade ou não entre seus membros.

Assim, diante da tutela constitucional das relações familiares mediante o reconhecimento da necessidade de afeto entre seus membros como fonte garantidora de felicidade, ou seja, de dignidade humana, inclusive na relação de filiação em que há dever expresso nesse sentido, ou melhor, em exigir que os pais prestem tanto assistência material e moral, de forma integral e plena, na criação, educação e sustento dos filhos, vê-se que qualquer ação ou omissão daqueles nesse sentido pode ser punida, gerando o dever de indenizar a vítima que obteve sua esfera moral violada.

Assim, a omissão dos genitores, tanto biológicos como socioafetivos, no dever de cuidar seus filhos viola um bem jurídico consagrado constitucionalmente, qual seja, o dever de cuidado, proteção e educação de sua prole, omissão esta que, por violar uma imposição legal, pode configurar um dever de indenizar os danos causados decorrente do ilícito civil.

O objetivo da indenização é defendido como forma de compensar o irreversível prejuízo já sofrido pelo filho diante da ausência do genitor na formação e desenvolvimento de sua personalidade, que resultou em danos psíquicos significativos, podendo ser reparados mediante a aplicação da teoria da responsabilidade civil (arts. 186 e 927, do Código Civil) ou pela configuração do abuso do direito (art. 187, do Código Civil).

A condenação não é fixada pela falta de amor, mas sim pela violação dos deveres morais dos pais perante os filhos, ou seja, não se está obrigando ninguém a amar, muito menos o declarando culpado por não sentir afeto, mas sim por não obedecer a um comando legal que obriga todo aquele que gerar um ser humano no

mundo de ser responsável pela criação de sua prole, de se incumbir de sua função parental.

A função da indenização é, sobretudo, compensatória, embora se admita o caráter punitivo e dissuasório, a fim de conscientizar os pais sobre o dano causado ao filho, e sinalizando para eles que sua conduta deve ser cessada e evitada, por reprovável e grave.^[10] Não se tem culpa por não amar o filho, mas sim por negligenciá-lo, pois incumbe ao pai, no mínimo, manter uma relação de cordialidade com o filho, estando presente no seu desenvolvimento, amparando-o em todas as esferas de sua vida.

Neste sentido, entende o Superior Tribunal de Justiça que os sentimentos de mágoa e tristeza experimentados por filho e causados pela negligência dos genitores configuram *dano moral in re ipsa* (dano moral presumido, não necessidade de comprovação dos danos):

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE.

1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o conseqüente dever de indenizar/compensar no Direito de Família.

2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88.

3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o *non facere*, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia - de cuidado - importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí, a

possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico.

4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social.

5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes - por demandarem revolvimento de matéria fática - não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial.

6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada.

7. Recurso especial parcialmente provido.

(REsp 1159242/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/04/2012, DJe 10/05/2012)[11]

Entretanto, é imprescindível a presença dos pressupostos da responsabilidade civil, como a conduta humana voluntária, revelando-se como uma ação ou omissão contrária à ordem legal, capaz de acarretar prejuízo alheio, bem como a culpa do genitor no cometimento de prejuízo gerado ao filho decorrente de sua omissão, sem razão, da criação e da educação do filho, não estando presente em sua vida, ocultando-se da convivência familiar, se sabia da condição de pai, ou de mãe, que lhe era devida e, mesmo assim, se afastou do convívio com o filho. Ademais, impõe-se a verificação do nexos causal entre a conduta e o dano, sendo necessário descobrir se o dano suportado pelo filho encontra relação imediata e determinante com a conduta do pai, ou da mãe. Parece ser este o elemento mais

difícil de ser caracterizado no âmbito da filiação, por ter o dano, na maioria das vezes, caráter extremamente subjetivo e poder decorrer de uma cadeia de atos, sendo necessária a interferência de outras áreas como a psicologia, a medicina e a sociologia para revelar a relação entre os acontecimentos, sendo mesmo assim difícil a sua configuração.

Faz-se necessária uma profunda análise sobre o caso mediante perícia, laudos psicológicos e sociológicos sobre a vítima que permitam concluir qual a verdadeira causa que deu origem ao dano a fim de possibilitar a reparação pelo agente, sendo necessário empregar esforços lógicos, dedutivos, no sentido de verificar a ocasião em que os sintomas do dano começaram a se manifestar, se em momento posterior ou anterior ao abandono, ou se existem outras agressões à moral da vítima que ocorreram próximas à manifestação do dano, até mesmo para não decretar uma condenação injusta ao suposto agente.

CONCLUSÃO

Na filiação, os direitos fundamentais dos filhos avultam como prioridade a ser respeitada pelos pais, em razão do princípio da proteção integral do menor, devendo zelar pela sua dignidade, bem como pelo desenvolvimento completo de seus direitos personalíssimos, e, ainda, pela sua igualdade. Dessa maneira, as condutas dos pais devem ser repensadas no sentido de que são fatores determinantes para a determinação da vida dos filhos, seus comportamentos, sua saúde física e mental, e o destino que seguirão, revelando a responsabilidade social da família em criar e educar pessoas dignas como única forma de transformação da sociedade.

O afeto, consagrado como valor jurídico, deve ser entendido não só como instrumento de união familiar, mas também como direito de toda pessoa em ver atendidas suas necessidades imateriais (tanto moral, como intelectual e psíquica), as quais tem de ser proporcionadas pelos pais durante todo o crescimento do menor até, no mínimo, ter sua personalidade formada, considerando ser um direito de todo o ser humano de receber amparo psicofísico enquanto depende de seus genitores para desenvolver plenamente suas potencialidades mediante a participação efetiva dos atores familiares na convivência familiar do filho

Tendo em vista o crescente abandono de crianças e adolescentes, não só no sentido literal da palavra, mas também no sentido de que, mesmo conhecendo os pais, são desassistidas moralmente por eles, torna-se imperioso a tutela dos direitos e deveres na relação familiar, no que tange especificamente à filiação, para fazer valer o princípio da afetividade e da dignidade humana dos menores a fim de impedir atos contrários à função parental que caracterizem prejuízos à personalidade dos infantes.

No caso de descumprimento das funções parentais (ato ilícito), e até mesmo o desvio do exercício regular do dever parental (ato ilícito por abuso do direito), cumulado com a configuração de danos à personalidade do infante, estando presentes ainda os pressupostos básicos da responsabilidade civil (nexo causal e culpa), a reparação por danos morais é um meio de compensar a dor sofrida por aquele que teria direito de ver amparada suas necessidades psíquicas, e assim não foram, não havendo sofrimento mais cruel do que aquele que fere diretamente os sentimentos mais íntimos. Ao mesmo tempo, a indenização deve cumprir um papel pedagógico na sociedade, a fim de alertar sobre a obrigatoriedade da realização das funções parentais de forma plena, ou seja, mediante prestação do sustento alimentar, mas também de alimento para a alma, proporcionado através da relação afetiva entre pais e filhos.

Todavia, a reparação moral no âmbito da filiação deve ser aplicada com cautela, para evitar a banalização do instituto da responsabilidade civil, e ao mesmo tempo não monetizar as relações familiares para não servir como meio de locupletamento ilícito, ou forma de vingança pelos filhos ou por quem os represente em juízo. Se bem aplicada, e com bom senso, a responsabilidade civil nesta esfera pode ser um instrumento importante no direito de família a fim de representar um papel pedagógico nas relações familiares e perante a sociedade. Certo está que os prejuízos morais sofridos pelos menores devem ser reparados com danos morais, pois um ato contrário a sua dignidade humana, ainda mais por quem deveria zelar por ela em primeiro lugar, não pode ficar impune pelo direito, nem mesmo não dar uma resposta compensatória à vítima.

A compensação até pode se dar mediante condenação do genitor a pagar tratamento psicológico ou psiquiátrico especializado nos casos em que se verificar adequado, mas ao mesmo tempo o menor novamente será colocado sobre a arbitrariedade do genitor, pois este pode suspender o pagamento do tratamento e

causar ainda mais danos psíquicos ao filho. Então, parece ser mais apropriada a reparação pecuniária pura, não como forma de coagir alguém a amar, nem mesmo para restabelecer uma relação que há muito não existia, pois nestes casos devem ser utilizadas as medidas assecuratórias para coagir a realização da visitação e sua execução, mas sim como forma compensatória e pedagógica, a fim de que gradativamente os genitores tenham consciência de sua responsabilidade frente ao afeto como fator determinante em uma personalidade em formação.

O mais importante é preservar o afeto, e o direito dos filhos de se relacionar com aqueles sobre os quais formaram a figura de pai, ou de mãe, mas, quando não for possível tal relacionamento, a indenização moral é adequada. Ainda que não acarrete verdadeiros benefícios emocionais ao filho, a responsabilização é um meio de repensar a função parental, seu verdadeiro significado e finalidade, a fim de que outros filhos, outras crianças possam ser amadas pelos pais que se deram conta de sua importância na relação paterno ou materno-filial, além de compensar à vítima pelo trauma sofrido. É evidente não ser possível substituir amor por dinheiro, mas não se pode deixar impune o genitor ausente, e ao mesmo tempo não tentar amparar, de certa forma, a vítima pelo abandono afetivo suportado.

REFERÊNCIAS:

BARROS, Sérgio Resende. A tutela constitucional do afeto. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). In: **V Congresso brasileiro de direito de família: família e dignidade humana**. São Paulo: IOB Thompson, 2006

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 3ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 297.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Princípio jurídico da afetividade na filiação**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=130>>. Acesso em: 29.03.2009.

NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. **A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico**. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2001.

REZENDE, Joubert R. Direito à visita ou poder-dever de visitar: o princípio da afetividade como orientação dignificante no direito de família humanizado. **Revista Brasileira de Direito de Família**, n° 28, v. 6, fev/mar 2005.

SANDRI, Vanessa Berwanger. **Princípio jurídico da paternidade responsável**: distinção entre planejamento familiar e controle da natalidade. 2006. 31 fl. Trabalho de conclusão de curso (Graduação em Direito) – Faculdade de Ciência Jurídicas e Sociais, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006. Disponível em: <http://www.pucrs.br/direito/graduacao/tc/tccll/2006_1.htm>. Acesso em: 14.04.2009.

SILVA, Cláudia Maria da Silva. Descumprimento do dever de convivência familiar e indenização por danos à personalidade do filho. **Revista brasileira de direito de família**. n° 25, ano 6, ago/set 2004.

STJ. 3ª Turma. REsp 1159242-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 24/4/2012 (Info 496). Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1159242&b=ACOR&p=true&l=10&i=5>>

DATA: 24.10.2017.

NOTAS:

[1] NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. **A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico**. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2001.

[2] LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008.

[3] LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008.

[5] DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 3ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 297.

[6] BARROS, Sérgio Resende. A tutela constitucional do afeto. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). In: **V Congresso brasileiro de direito de família: família e dignidade humana**. São Paulo: IOB Thompson, 2006.

[7] BARROS. Op. cit. p. 887.

[8] SANDRI, Vanessa Berwanger. **Princípio jurídico da paternidade responsável**: distinção entre planejamento familiar e controle da natalidade. 2006. 31 fl. Trabalho de conclusão de curso (Graduação em Direito) – Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006. Disponível em: <http://www.pucrs.br/direito/graduacao/tc/tccll/2006_1.htm>. Acesso em: 14.04.2009.

[9] REZENDE, Joubert R. Direito à visita ou poder-dever de visitar: o princípio da afetividade como orientação dignificante no direito de família humanizado. **Revista brasileira de direito de família**, nº 28, v. 6, fev/mar 2005, p. 154.

[10] SILVA, Cláudia Maria da Silva. Descumprimento do dever de convivência familiar e indenização por danos à personalidade do filho. **Revista brasileira de direito de família**. nº 25, ano 6, ago/set 2004.

[11] STJ. 3ª Turma. REsp 1159242-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 24/4/2012 (Info 496). Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1159242&b=ACOR&p=true&l=10&i=5>

(DES)NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO PARA DISPENSA DE EMPREGADOS PÚBLICOS DAS EMPRESAS ESTATAIS: UMA ANÁLISE DO INSTITUTO ACERCA DA NOVA JURISPRUDÊNCIA DO STF

BRUNO BETTI COSTA: Especialista em Direito Administrativo, Advogado atuante na área e Professor de Direito Administrativo e Constitucional em universidades, bem como em cursos preparatórios para OAB e Concursos.

RESUMO: Importante e atual discussão no Direito Administrativo é a necessidade ou não de motivação do ato administrativo que realiza a dispensa de empregados públicos das empresas estatais. A doutrina administrativa, em sua maioria, defende a necessidade de motivação da dispensa do empregado público por diversos fatores, entre os quais podem ser citadas, a forma de ingresso (concurso público) e as regras e princípios administrativos que as empresas estatais estão submetidas. Em recente decisão (RE nº 589.998), o Supremo Tribunal Federal, posicionou-se no sentido da obrigatoriedade de motivação da dispensa de qualquer empregado público das empresas estatais prestadoras de serviços públicos. É em razão do recente posicionamento jurisprudencial do STF é que se legitima a discussão apresentada.

ABSTRACT: Important and current discussion in Administrative Law is the necessity of motivation administrative act that performs dispensing public employees of state enterprises. The doctrine of administrative mostly defends the need for motivation waiver of public employee by several factors, among which may be mentioned, the way to enter (open) and the administrative rules and principles that state enterprises are subject. In a recent decision (RE No. 589 998), the Supreme Court, has positioned itself towards the mandatory motivation waiver of any public employee of state-owned public utilities. It is because of the recent jurisprudence of the Supreme Court's position that legitimizes the discussion presented.

PALAVRAS-CHAVE: Dispensa motivada; estabilidade; teoria dos motivos determinantes; concurso público, princípio da impessoalidade.

KEYWORDS: Waiver motivated; stability; theory of motives for, public tender, principle of impersonality.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Desenvolvimento. 2.1 Agentes Públicos e suas Classificações . 2.1.1 Agente político. 2.1.2 2.1.21 Servidores Estatais. Servidores

estatutários. 2.1.22 Empregados públicos. 2.1.2.3 2.1.3 2.1.4 2.1.4.1 Servidores Temporários. Militar. Particulares em Colaboração com o Poder Público. Agentes honoríficos. 2.1.4.2 Agentes delegados. 2.1.4.3 Gestores de negócios públicos. 2.1.4.4 Agentes credenciados. 3 Regime Jurídico Funcional. 3.1 Regime Estatutário. 3.2 Regime Trabalhista. 4 Empresas públicas e sociedades de economia mista: submissão aos princípios de Direito Administrativo. 5 O princípio da motivação e a teoria dos motivos determinantes. 6 Estabilidade e estágio probatório. 7 A Análise do RE nº589.998. 8 Conclusão. Referências Bibliográficas.

1) INTRODUÇÃO

A necessidade ou não de motivação para a dispensa dos empregados públicos é tema relevante já há tempos no direito administrativo. A doutrina e a jurisprudência por longos anos se dividiam sobre a exigência de motivação desse ato administrativo. A doutrina majoritária sempre defendeu a necessidade de expor os motivos que ensejaram a dispensa dos empregados públicos das empresas estatais. Contudo, a jurisprudência não acompanha o posicionamento da doutrina.

Os julgados que se tinha a respeito do tema mostrava a desnecessidade de motivação do ato administrativo demissional, salvo quando fosse referente aos empregados da EBCT – Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos -, uma vez que esta é uma empresa pública prestadora de um serviço público, o qual o Estado detem o monopólio.

Contudo, a jurisprudência recente do STF, no julgamento do RE nº 589.998 – PI entendeu pela necessidade de motivação do ato de dispensa dos empregados públicos das empresas estatais prestadoras de serviço público. Dessa forma, o julgado da Corte suprema brasileira rompeu com o posicionamento jurisprudencial antes dominante.

Importante dizer que a decisão do STF garantiu a necessidade da dispensa motivada para os servidores celetistas, mas, em momento algum, assegurou a eles o direito à estabilidade, como será visto no decorrer do trabalho.

Diante do exposto, o presente trabalho irá fazer a análise do julgamento do referido recurso extraordinário. Para tanto, será feita uma classificação dos agentes públicos, demonstrando o enquadramento dado aos empregados públicos.

Posteriormente, será analisado o regime jurídico aplicável às empresas estatais. Ademais, estudará o princípio da motivação e a teoria dos motivos determinantes, chegando, por fim, ao estudo do RE nº 589.998.

2) DESENVOLVIMENTO

2.1) Agentes Públicos e suas classificações.

Antes de adentrar no estudo da necessidade de motivação da dispensa dos empregados públicos, é necessário realizar uma classificação de agentes públicos, de modo a situar onde se encontram esses empregados e as regras básicas aplicadas aos agentes.

Agente público é a expressão mais ampla, utilizada para se referir a toda pessoa física vinculada, definitiva ou transitoriamente, ao exercício de uma função pública.

Observe que agente público é uma pessoa física, portanto, exclui as pessoas jurídicas.^[1]

2.1.1) Agente político

Em relação a conceituação de agente político, a doutrina não é uniforme em conceitua-lo.

Para Hely Lopes Meirelles^[2] (2003),

Agentes políticos são os componentes do Governo nos seus primeiros escalões, investidos em cargos, funções, mandatos ou comissões, por nomeação, eleição, designação ou delegação para o exercício de atribuições constitucionais e demais autoridades que atuem com independência funcional no desempenho das atribuições governamentais, judiciais ou quase judiciais, estranhas ao quadro do funcionalismo estatutário.

Perceba que o referido autor adota um conceito mais amplo para agentes políticos. Além dos chefes do Poder Executivo, dos seus auxiliares diretos e dos

parlamentares, o autor inclui nessa categoria os membros do Ministério Público e os magistrados.

Diferentemente, Celso Antônio Bandeira de Mello^[3] possui um conceito mais restrito quanto aos agentes políticos.

Agentes Políticos são os titulares dos cargos estruturais à organização política do País, ou seja, são os ocupantes dos cargos que compõem o arcabouço constitucional do Estado e, portanto, o esquema fundamental do poder. Sua função é a de formadores da vontade superior do Estado.

Esta última conceituação parece mais acertada.

2.1.2) Servidores Estatais

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “são servidores públicos, em sentido amplo, as pessoas físicas que prestam serviços ao Estado e às entidades da Administração Indireta, com vínculo empregatício e mediante remuneração paga pelos cofres públicos”^[4].

Perceba que essa expressão é espécie de agentes públicos, mas é gênero em relação as categorias abaixo:

2.1.2.1) Servidores estatutários:

São pessoas físicas ocupantes de **cargo público**, contratadas sob o **regime estatutário**.

Esses servidores possuem o regime estatutário, aquele estabelecido em uma lei de cada ente federado. Por exemplo, o estatuto da União é a Lei nº 8.112/90. De acordo com José Santos Carvalho Filho, “servidores públicos estatutários são aqueles cuja relação jurídica de trabalho é disciplinada por diplomas legais específicos, denominados de estatutos”^[5]

Quando nomeados, os servidores estatutários adentram em uma situação jurídica previamente definida, isto é, não há a possibilidade de alteração das normas aplicadas por meio de contrato, mesmo que haja concordância do servidor e da administração pública. Em outras palavras, as normas a eles aplicadas são normas de ordem pública, cogentes (obrigatórias), não podendo ser derogadas pelas partes.

Os servidores estatutários poderão[6] ser encontrados nos entes federados (União, Estado, DF e Município), bem como nas autarquias e fundações desses entes.

2.1.2.2 Empregados públicos

São pessoas físicas ocupantes de **emprego público** contratadas sob o **regime celetista**, “assim qualificados porque as regras disciplinadoras de sua relação de trabalho são as constantes da Consolidação das Leis do Trabalho”. [7]

Perceba, portanto, que as regras aplicáveis a esses servidores são as mesmas que são aplicadas aos empregados da iniciativa privada, salvo as regras necessariamente aplicadas pelo Poder Público. Desta situação, pode-se exemplificar o concurso público, nos termos do art. 37, II da CR/88.

2.1.2.3) Servidores temporários

A lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender à **necessidade temporária de excepcional interesse público**, conforme estabelece o art. 37, IX da CR/88.

Esses servidores exercem função pública, sem estarem vinculados a cargo ou emprego público.

Observe que esses servidores são contratados para exercer funções temporárias, por meio de um regime jurídico especial disciplinado em lei de cada ente federado.

Perceba que, da leitura do texto constitucional, há o caráter de excepcionalidade de tais agentes públicos.

2.1.3) Militar

Os militares são as pessoas físicas que prestam serviços às Forças Armadas, isto é, à Marinha, Exército e Aeronáutica, além daqueles que prestam serviços às polícias militares e corpos de bombeiro dos estados.

2.1.4 Particulares em Colaboração com o Poder Público

2.1.4.1) Agentes honoríficos

São aqueles que exercem **função pública relevante (múnus público)**, em caráter transitório, convocados, designados ou nomeados para cumprir objetivos cívicos, culturais, educacionais, recreativos ou de assistência social, como o mesário eleitoral, o jurado e os conscritos.

2.1.4.2) Agentes delegados

São os destinatários de **função específica**, realizando-a em nome próprio, tal como ocorre com os serventuários da Justiça em serventias (cartórios)extrajudiciais. Ademais, são agentes delegados os leiloeiros, os tradutores juramentos e os intérpretes públicos.

2.1.4.3) Gestores de negócios públicos

São aqueles que, espontaneamente, assumem determinada função pública em momento de calamidades públicas ou emergências.

2.1.4.4) Agentes credenciados

São aqueles que recebem a incumbência de representar a Administração em determinado evento ou na prática de determinada atividade, mediante remuneração. Ex.: advogado estrangeiro que representa a União em um processo no exterior.

3) Regimes Jurídicos Funcionais

3.1) Regime Estatutário

O primeiro regime jurídico que merece ser estudado é o regime jurídico estatutário, o qual é “o conjunto de regras que regulam a relação jurídica funcional entre o servidor público estatutário e o Estado” [8].

Lembre-se que esse conjunto de regras é chamado de estatuto, isto é, uma LEI de iniciativa de cada ente federado. Portanto, desta situação, sabe-se que existem vários estatutos, uma vez que cada ente federado, que tenha adotado o regime estatutário para seus servidores, terá sua lei estatutária.

A União adotou o regime jurídico estatutário para seus servidores e, dessa forma, o seu estatuto funcional é a Lei nº 8.112/90.

Os servidores estatutários e o Poder Público têm uma relação NÃO contratual. É, na verdade, uma relação INSTITUCIONAL.

Os litígios entre servidores público federais e a União serão solucionados na Justiça Federal. Por sua vez, os litígios entre servidores públicos estaduais e municipais serão solucionados na Justiça Estadual.

3.2) Regime Trabalhista

O segundo regime jurídico funcional a ser estudado é o regime trabalhista ou de contrato de trabalho, o qual é “aquele constituído entre o Estado e seu servidor trabalhista” [9]. As regras estabelecidas para esse tipo de servidor está prevista na Consolidação das Leis do Trabalho.

Diferentemente do regime estatutário, o regime celetista caracteriza-se pela unicidade normativa, ou seja, há apenas um único diploma legal a regular as relações dos empregados públicos e o poder público. Dessa forma, todo ente federado que adotar o regime jurídico celetista deverá seguir as regras estabelecidas na CLT.

Os servidores trabalhistas e o Poder Público possuem uma relação contratual, qual seja, a relação de contrato de trabalho.

Os litígios que possam ocorrer entre os empregados públicos e os entes federados (União, Estado, DF e Município), decorrentes da relação de trabalho, devem ser solucionados na Justiça do Trabalho.

Regime Especial

Os servidores temporários possuem com o Poder Público uma relação jurídica funcional. Perceba que o texto da Constituição da República, no art. 37, IX, diz que “a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público”.

Ora, perceba que, por meio desse artigo constitucional, há de se entender que a relação jurídica funcional existente entre o servidor temporário e o Poder Público é de natureza contratual. Veja que o contrato não é um contrato de trabalho,

mas um contrato de direito administrativo, o qual estabelece “um vínculo de trabalho subordinado entre a Administração e o servidor”[\[10\]](#).

Outro ponto que merece ser debatido são as sucessivas prorrogações que os contratos desses servidores temporários sofrem.

Em razão de diversas prorrogações, os contratos celebrados pelos servidores temporários são transformados em contratos de trabalho? Essa é a grande pergunta que a doutrina e os tribunais se fazem.

Para o Supremo Tribunal Federal, as inúmeras prorrogações dos contratos não podem ser causas ensejadoras de transformação de um contrato administrativo em um contrato de trabalho[\[11\]](#).

Diferente, para o Superior Tribunal de Justiça, as inúmeras prorrogações são causas de desvirtuamento da ordem jurídica, razão pela qual há a transformação do contrato administrativo em um vínculo trabalhista.[\[12\]](#)

4) Empresas públicas e sociedades de economia mista: submissão aos princípios de Direito Administrativo.

A Administração Pública Direta surge por meio do fenômeno descentralização política. Esta forma de descentralização é aquela feita pela Constituição da República, quando cria a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.[\[13\]](#)

Por sua vez, a Administração Pública Indireta é aquela que surgem por meio da Descentralização Administrativa por outorga. Esta forma de descentralização cria as Autarquias, Fundações, Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista.[\[14\]](#)

A empresa pública, de acordo com o mesmo Decreto-Lei 200, em seu art. 5º II, é “*entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criado por lei para a exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito*”

Por sua vez, a sociedade de economia mista, para o mesmo diploma legal, em seu art. 5º, III é a “*entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade*

econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou a entidade da Administração Indireta” .

Observe, portanto, essas entidades são pessoas jurídicas de direito privado integrantes da Administração Pública. De acordo com Carvalho Filho “delas se vale o Estado para possibilitar a execução de alguma atividade de seu interesse com maior flexibilidade, sem as travas do emperramento burocrático indissociáveis das pessoas de direito público”.[\[15\]](#)

Há de se observar, portanto, dois aspectos relacionados à essas entidades, de um lado são pessoas jurídicas de direito privado e, de outro, estão sujeitas ao controle do Estado, afinal integram a Administração Pública. De acordo com Carvalho Filho

Esses dois aspectos demonstram, nitidamente, que nem estão elas sujeitas inteiramente ao regime de direito privado nem inteiramente ao de direito público. Na verdade, pode dizer-se, como o fazem alguns estudiosos, que seu regime tem certa natureza híbrida, já que sofrem o influxo de normas de direito privado em alguns setores de sua atuação e de normas de direito público em outros desses setores. E nem poderia ser de outra forma, quando se analisa seu revestimento jurídico de direito privado e sua ligação com o Estado.[\[16\]](#)

O art. 37, *caput* da CR/88 leciona que a Administração Pública Direta e a Indireta devem seguir os princípios da Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência. Dessa forma, expressamente está no texto constitucional a obrigatoriedade das empresas estatais obedecerem as normas de direito administrativo.

O art. 173 da CR/88 é o dispositivo constitucional que trata das empresas estatais. O mesmo artigo, agora em seu § 1º, II, estabelece que as empresas estatais sigam as regras próprias estabelecidas para as empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários.

Dessa forma, ante a leitura do art. 37, *caput* e do art. 173, § 1º, II, ambos da CR/88, conclui-se que as Empresas estatais estão sujeitas ao

regime híbrido. Em outras palavras, quer-se dizer que o regime fortemente aplicado a essas pessoas será o regime jurídico de direito privado. Contudo, algumas normas de direito administrativo a elas serão aplicadas. O regime jurídico de direito privado é derogado parcialmente pelo regime jurídico de direito público.

Há de se observar, portanto, dois aspectos relacionados a essas entidades, de um lado são pessoas jurídicas de direito privado e, de outro, estão sujeitas ao controle do Estado, afinal integram a Administração Pública. Brilhantes são os ensinamentos de Carvalho Filho

Esses dois aspectos demonstram, nitidamente, que nem estão elas sujeitas inteiramente ao regime de direito privado nem inteiramente ao de direito público. Na verdade, pode dizer-se, como o fazem alguns estudiosos, que seu regime tem certa natureza híbrida, já que sofrem o influxo de normas de direito privado em alguns setores de sua atuação e de normas de direito público em outros desses setores. E nem poderia ser de outra forma, quando se analisa seu revestimento jurídico de direito privado e sua ligação com o Estado.^[17]

Muito embora a regra consagrada pela Constituição da República, em seu art. 173, § 1º, II, como dito acima, haverá normas de direito público que incidirão nas empresas estatais. De acordo com Justen Filho “as empresas estatais se subordinam aos norteadores da atividade administrativa, tal como expressamente determinado no art. 37 da CF/1988. Por decorrência, a sua atuação deve ser orientada pela legalidade, pela isonomia, pela moralidade, pela eficiência e pelos demais princípios pertinentes”^[18]

Aplica-se às estatais o princípio da autorização legal para sua instituição, de acordo com o art. 37, XIX da CR/88; ademais, a elas também se aplicam o controle e a fiscalização do Tribunal de Contas e do Congresso Nacional, nos termos dos art. 71 e 49, X da CR/88, respectivamente; ainda, é importante dizer que a elas aplica-se a exigência de realização dos procedimentos da Licitação, nos termos do art. 37, XXI da CR/88 e da Lei nº 8.666/93, e do concurso público, consoante o art. 37, II da CR/88.

Ante a conclusão de que às empresas estatais também se aplicam normas de direito público, não poderia ser diferente em relação ao Princípio da Motivação, que a elas também será aplicado, como será visto adiante.

O princípio da motivação e a teoria dos motivos determinantes.

Para iniciar a discussão sobre a necessidade de motivação da dispensa dos empregados públicos, faz-se necessário diferenciar os termos motivo e motivação.

O motivo é “a situação de fato ou de direito que gera a vontade do agente quando pratica o ato administrativo”^[19]. Em outras palavras, é a situação fática e jurídica que justificaram a prática do ato por determinado agente público. Por sua vez, a motivação, nas palavras de CRETELLA Jr., “é a justificativa do pronunciamento tomado”^[20]. Na verdade, a motivação é a demonstração da situação de fato e de direito que ensejaram a prática do ato administrativo.

A grande discussão que se trava pelos estudiosos do Direito Administrativo é a necessidade ou não de motivação dos atos administrativos. Há uma parte da doutrina que entende ser necessária a motivação em todos os atos administrativos. Contudo, doutrina diversa entende que a motivação deve ser obrigatória somente nos atos vinculados. O presente trabalho, *data máxima vênia*, ousa em discordar desta última doutrina. Nos atos vinculados, aqueles que todos os elementos ou requisitos do ato estão previstos de forma determinada em lei, o exame de legalidade consistirá tão somente na análise do motivo do ato com o motivo legal. De outro lado, nos atos discricionários, aqueles em que há uma liberdade de escolha ao administrador público, pode levar há um subjetivismo, de forma que mais necessária ainda seria a motivação para esses atos, permitindo, portanto, “a sindicabilidade da congruência entre sua justificativa e a realidade fática na qual se inspirou a vontade administrativa”^[21]

Em relação ao motivo, não restam dúvidas que ele é obrigatório. Caso um ato não tenha motivo, este ato será nulo. No que se refere à motivação, a doutrina não é unânime.

Para Carvalho Filho, “no que se refere à motivação, porém, temos para nós, com o respeito que nos merecem as respeitáveis opiniões dissonantes, que, como regra, a obrigatoriedade inexistente”.^[22] Diferente, para Di Pietro “a sua obrigatoriedade se justifica em qualquer tipo de ato, porque se trata de formalidade necessária para permitir o controle de legalidade dos atos administrativos”.^[23]

O presente trabalho entende ser mais acertada a última posição, qual seja, a obrigatoriedade de motivação para os atos administrativos.

Observe que os arts. 93 e 129, § 4º da CR/88 consagraram expressamente a exigência de motivação para as decisões administrativas dos Tribunais e do Ministério Público. Ademais, a doutrina majoritária e a jurisprudência já amplamente defendem a motivação dos atos administrativos.

Importante atentar para o que legisla o art. 2º, *caput* e parágrafo único, inciso VII da Lei nº 9784/99. De acordo com o dispositivo o princípio da motivação será um dos princípios que a Administração Pública deve obedecer no exercício de suas atividades. Ademais, o texto legal continua e afirma que nos processos administrativos serão observados os critérios de indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinaram a decisão.

Ainda, o mesmo diploma legal, em seu art. 50 elenca situações em que a motivação deve acontecer:

Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

- I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;
- II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;
- III - decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública;
- IV - dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório;
- V - decidam recursos administrativos;
- VI - decorram de reexame de ofício;

VII - deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais;

VIII - importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo.

Nas palavras de Di Pietro

as hipóteses em que a motivação é obrigatória, em regra, dizem respeito a atos que, de alguma forma, afetam direitos ou interesses individuais, o que está a demonstrar que a preocupação foi muito mais com os destinatários dos atos administrativos do que com o interesse da própria Administração[24]

Por óbvio, o disposto no texto legal é um mínimo a ser necessariamente observado, o que não impede essa exigência em outras hipóteses em que a motivação é fundamental para o controle de legalidade dos atos.

Veja, portanto, que a Lei nº 9784/99 entendeu como obrigatória a motivação para todos os atos administrativos.

Estudada a expressão motivo e motivação, faz-se necessário o estudo da teoria dos motivos determinantes.

De acordo com Carvalho Filho, a teoria dos motivos determinantes “baseia-se no princípio de que o motivo do ato administrativo deve sempre guardar compatibilidade com a situação de fato que gerou a manifestação da vontade”. Nas palavras de Hely Lopes Meirelles “tais motivos é que determinam e justificam a realização do ato, e, por isso mesmo, deve haver perfeita correspondência entre eles e a realidade”[25]

Essa teoria será extremamente importante quando o trabalho adentrar na discussão sobre a necessidade de motivação para a dispensa dos empregados públicos.

5) Estabilidade e estágio probatório

A estabilidade, de acordo com Marçal Justen Filho, é a “garantia contra a exoneração discricionária, submetendo a extinção da relação estatutária a processo administrativo ou judicial destinado a apurar a prática de infração a que seja cominada pena de demissão”[26]. Em outras palavras, a estabilidade é a “garantia de permanência no serviço público”[27]

Perceba que o art. 41 da CR/88 estabeleceu determinados requisitos para a aquisição da estabilidade, quais sejam três anos de efetivo exercício[28]; Cargo de provimento efetivo; Oriundo de concurso público; Aprovação em uma Avaliação especial de desempenho e Habilitação em estágio probatório.

Observe, portanto, que a estabilidade, de acordo com a Constituição da República de 1988, só é extensiva aos servidores nomeados para cargo de provimento efetivo, pondo fim ao entendimento de que empregados públicos, contratados por concurso público, também seriam beneficiários da estabilidade. “O direito só é conferido ao servidor estatutário, não o sendo ao servidor trabalhista”[29]

Esta situação torna de grande relevância para a análise a que se destina esse trabalho. Como será visto adiante, o próprio Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 589.998 pacificou o entendimento de que servidores celetistas não possuem estabilidade.

A aquisição da estabilidade, após a EC nº 19/98, depende de uma avaliação especial de desempenho feita por uma comissão instituída para essa finalidade, nos termos do art. 41, §4º da CR/88. Atente-se ao fato de a Administração não instituir a comissão ou esta retarde sua decisão para após os três anos exigidos para a aquisição da estabilidade. A pergunta que se faz é se o servidor irá ou não adquirir a estabilidade.

A resposta não poderia ser diferente a não ser a que o servidor, cumprido o prazo, terá adquirido a estabilidade, ainda que não tenha ocorrido a avaliação especial de desempenho. De acordo com Carvalho Filho

É que a norma da avaliação funcional por comissão especial foi criada em favor da Administração, de modo que, se esta não concretiza a faculdade constitucional, deve entender-se que tacitamente avaliou o servidor de forma positiva. O que não se pode é prejudicar o servidor, que já

cumpriu integralmente o período de estágio, pela inércia ou ineficiência dos órgãos administrativos.^[30]

Veja, por fim, que o servidor, para adquirir a estabilidade, deve ser habilitado no estágio probatório. Este é “o período dentro do qual o servidor é aferido quanto aos requisitos necessários para o desempenho do cargo, relativos ao interesse no serviço, adequação, disciplina, assiduidade e outros do mesmo gênero”^[31].

Embora o servidor em estágio probatório não possua a estabilidade, sua retirada do serviço público, caso comprovado não reunir as condições para a permanência, não pode ocorrer sem o mínimo requisito formal. Dessa forma, o Supremo Tribunal Federal, em sua súmula 21, o “funcionário em estágio probatório não pode ser exonerado nem demitido sem inquérito ou sem as formalidades legais de apuração de sua capacidade”. A súmula do STF, nada mais, consagra o disposto no art. 5º, LV da CR/88, o qual assegura o contraditório e a ampla defesa nos processos judicial ou administrativo.

Estabilidade e Efetividade

Estabilidade é a garantia constitucional do servidor estatutário de permanecer no serviço público, após o cumprimento dos requisitos necessários. Por sua vez, efetividade é o instituto que qualifica os cargos efetivos, de maneira a distingui-los dos cargos em comissão. De acordo com Marçal Justen Filho “a efetividade consiste numa característica vinculada ao cargo em si mesmo” e a estabilidade “é uma garantia pessoal do servidor público”^[32].

6) A Análise do RE nº 589998

O RE nº 589998 – PI trata de recurso interposto contra acórdão unânime proferido pela Subseção Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, que trata sobre a dispensa motivada dos empregados públicos da EBCT – Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos.

A EBCT (recorrente) afirma que a deliberação acerca das demissões sem justa causa constitui direito potestativo da empresa. Afirma, ainda, que o entendimento abrigado na decisão recorrida interfere diretamente na liberdade que o direito trabalhista confere aos empregados e empregadores de pactuarem entre si.

Por fim, alega que o tratamento dado a EBCT próximo de fazenda pública não faz com que os seus empregados possuam direito à estabilidade, nem dispensa motivada.

Após o relatório, o Ministro Relator, Ricardo Lewandowski, em brilhante voto, amplia a discussão da necessidade motivação ou não do ato de demissão dos empregados públicos para todas as empresas estatais. Veja:

Com efeito, entendo que o dever de motivar o ato de despedida de empregados estatais, admitidos por concurso, aplica-se não apenas à ECT, mas a todas as empresas públicas e sociedades de economia mista que prestam serviços públicos.[\[33\]](#)

Ora, não poderia ter concluído de forma diferente o ilustre Ministro. Como estudado no presente trabalho, a despeito das empresas estatais serem pessoas jurídicas de direito privado, a elas se aplicam um regime jurídico híbrido. Em outras palavras, aplica-se o regime jurídico de direito privado derogado parcialmente pelo regime jurídico de direito público.

Revedo a matéria, agora, mais detidamente, entendo que, embora a rigor, as denominadas “empresas estatais” ostentem a natureza jurídica de direito privado, elas se submetem a regime híbrido, ou seja, sujeitam-se a um conjunto de limitações que têm por escopo a realização do interesse público. Em outras palavras, no caso dessas entidades, ocorre uma derrogação parcial das normas de direito privado em favor de certas regras de direito público.[\[34\]](#)

Dessa forma, aplica-se às empresas públicas e sociedades de economia mista regras como o concurso público e os princípios do art. 37, *caput* da CR/88, uma vez que são entidades que integram a Administração Pública Indireta. Portanto, o argumento de que o regime celetista é integralmente aplicado às empresas estatais deve ser repellido e não aceito.

De acordo com o Ministro Relator

o objetivo maior da admissão de empregados das estatais por meio de certame público é assegurar a primazia dos princípios da isonomia e da impessoalidade,

privilegiando-se a meritocracia em detrimento de escolhas de índole pessoal ou de caráter puramente subjetivo no processo de contratação[35]

Ora, a motivação do ato de dispensa objetiva proteger o empregado de uma possível quebra do postulado da impessoalidade por parte do agente público investido do poder de demitir. Dessa forma, impõe-se à Administração não apenas seja a despedida motivada, mas também seja precedida de um procedimento formal, em que se garanta ao empregado o direito ao contraditório e a ampla defesa, no momento em que lhe seja imputada “conduta desabonadora, porquanto, além de conferir-se a necessária publicidade à demissão, ficará o ato devidamente documentado e arquivado na empresa, permitindo seja a sua fundamentação a qualquer momento contrastado às normas legais aplicáveis.”[36]

Nesse sentido, importantes são as palavras do ilustre Ministro Revisor, Joaquim Barbosa

A exigência de concurso público para o acesso aos cargos em empresas estatais, como já mencionado na assentada anterior, é decorrente da homenagem aos princípios da impessoalidade, da isonomia e da moralidade, de modo que os empregos disponíveis nessas entidades não venham a ser preenchidos de forma direcionada, apadrinhada ou por meios escusos. O concurso público, de amplo acesso, permite que a escolha dos empregados se dê de forma isenta e com iguais oportunidades a todos.

Assim, tendo em vista que para o ingresso do empregado público é exigida a aprovação em concurso público como corolário do princípio da impessoalidade, me parece que, de fato, em nome desse mesmo princípio, a dispensa dos empregados dessas empresas estatais deva ser motivada.[37]

Outro não é o pensamento de Celso Antônio Bandeira de Mello[38], para o qual recai sobre as empresas estatais o dever de bem guardar um interesse que não lhes pertence, mas, ao revés, a toda coletividade, segundo lição a seguir:

Assim como não é livre a admissão de pessoal, também não se pode admitir que os dirigentes tenham o poder de

desligar seus empregados com a mesma liberdade com que o faria o dirigente de uma empresa particular. É preciso que haja uma razão prestante para fazê-lo, não se admitindo caprichos pessoais, vinganças ou quaisquer decisões movidas por mero subjetivismo e, muito menos, por sectarismo político ou partidário.

Conclui o ilustre autor

Logo, para despedir um empregado é preciso que tenha havido um processo regular, com direito à defesa, para apuração da falta cometida ou de sua inadequação às atividades que lhe concernem. Desligamento efetuado fora das condições indicadas é nulo.

Continuando o brilhante voto, o ilustre Ministro Relator fundamenta a necessidade da motivação da dispensa dos empregados públicos pelo princípio da razoabilidade. Nas palavras do Ministro “também o dever de agir com ponderação decidir com justiça e, sobretudo, atuar com racionalidade”.^[39] Ademais, o dever de motivação é intrínseco ao Estado Democrático de Direito, afinal, as decisões administrativas possuem como pressuposto a possibilidade de conhecimento de seus destinatários e, caso desejem, queiram contestá-las.

O Ministro Relator ainda lembrou o art. 50, I e § 1º da Lei nº 9784/99, que exige uma motivação quando um ato afetar direitos ou interesses e que essa motivação deve ser explícita, clara e congruente. Isto em razão da teoria dos motivos determinantes, conforme estudada nesse trabalho.

Por fim, o ilustre Relator põe a discussão sobre o ato demissional ser vinculado ou discricionário. Utilizando das palavras de Vladimir da Rocha França, o Ministro assevera que “o que determina o dever de motivação do ato administrativo é, mais precisamente, o conteúdo da decisão e os valores que ela envolve”.^[40]

Em relação a aplicação do instituto da estabilidade aos empregados públicos^[41], a Corte afastou essa possibilidade, conforme já vinha se posicionando.^[42]

7) CONCLUSÃO

O tema sobre a dispensa motivada dos empregados públicos, conforme pode ser visto ao longo do trabalho, possui relevância jurídica e atualidade. Ao longo do tempo, a jurisprudência se distanciou do posicionamento doutrinário. Em outras palavras, a doutrina defendia a ideia da necessidade de motivação na dispensa dos empregados públicos das Estatais prestadoras de serviço público, ao passo que a jurisprudência negava esse direito, possibilitando-o apenas para os empregados da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos.

Contudo, esse distanciamento entre jurisprudência e doutrina não poderia permanecer por mais tempo. De acordo com o texto, as empresas públicas e as sociedades de economia mista integram a administração pública, motivo pelo qual devem obedecer as regras administrativas, por mais que sejam pessoas jurídicas de direito privado.

Conforme se posicionou, aplica-se a essas empresas o regime jurídico de direito privado, mas de forma mitigada, uma vez que há uma derrogação em razão da aplicação de parte das normas do regime jurídico de direito público, como por exemplo, a exigência de concurso público para provimento dos seus empregados.

Ademais, sujeitam-se também ao princípio da motivação e a teoria dos motivos determinantes, de modo que se suas decisões não guardarem compatibilidade com a situação fática e jurídica existentes o ato deve ser anulado, não podendo permanecer no ordenamento jurídico. Em outras palavras, a motivação do ato de dispensa objetiva proteger o empregado de uma possível quebra do postulado da impessoalidade por parte do agente público investido do poder de demitir, além de possibilitar um maior controle desse ato demissional.

Ante as situações descritas ao longo do todo o trabalho, conclui-se que a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal foi correta e de raro brilhantismo. Portanto, aos empregados públicos das empresas estatais prestadoras de serviço público é assegurada a dispensa motivada, isto é, deve-se expor as razões de fato e de direito que ensejaram a dispensa daquele empregado. Por outro lado, a estes empregados não é assegurado o direito à estabilidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988. Brasília: Senado Federal, 1988. 292 p.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Necessidade de dispensa motiva**. Recurso Extraordinário 589.998. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília,. Disponível em <
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4499353>>.
Acesso em: 20 de setembro de 2013.

CARVALHO FILHO, José Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 26ª ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. **Processo Administrativo Federal**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. **Curso de Direito Administrativo: parte geral..** Salvador: JusPodivm. 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25ª ed São Paulo: Atlas, 2012.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1995.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1992.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 9ª ed, rev. atual. Ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. Salvador,: JusPodivm, 2005.

_____. **Servidores Públicos Federais**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Impetus. 383 p.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 37ªed. atual. São Paulo: Malheiros, p. 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Apontamentos sobre os agentes e órgãos públicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1975.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de direito administrativo**. Rio de Janeiro: forense. 1979.

MOTTA, Fabrício. Concurso público e a confiança na atuação administrativa: análise dos princípios da motivação, vinculação ao edital e publicidade. *In: Concurso Público e Constituição*. Belo Horizonte: fórum. 2005.

NOTAS:

[1] JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 9ª ed, rev. atual. Ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. P. 871.

[2] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 37ªed. atual. São Paulo: Malheiros, p. 2011. P. 326.

[3] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p 574

[4] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25ª ed São Paulo: Atlas, 2012. p. 581

[5] CARVALHO FILHO, José Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 26ª ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Atlas, 2013. p.597

[6] Atente para a expressão “poderão”, afinal, a depender do regime jurídico adotado pelo ente federado, o que se encontrará será empregado público. A União e os Estados adotaram o Regime Jurídico Estatutário. Contudo, existem municípios que adotaram o regime jurídico do contrato de trabalho. Portanto, não haverá servidores estatutário, mas sim, empregados públicos.

[7] CARVALHO FILHO, José Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 26ª ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Atlas, 2013. p.598

[8] CARVALHO FILHO, José Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 26ª ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Atlas, 2013. p. 599

[9] CARVALHO FILHO, José Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 26ª ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Atlas, 2013. P. 601

[10] CARVALHO FILHO, José Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 26ª ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Atlas, 2013. p. 605

[11] RE 573.202-AM, Relator Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, em 21/08/2008.

[12] CC 70.226-PA, 3ª seção, em 14/03/2007.

[13] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25ª ed São Paulo: Atlas, 2012. p. 466

[14] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25ª ed São Paulo: Atlas, 2012. p. 468.

[15] CARVALHO FILHO, José Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 26ª ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Atlas, 2013.p. 495

[16] CARVALHO FILHO, José Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 26ª ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Atlas, 2013. p.502

[17] CARVALHO FILHO, José Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 26ª ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Atlas, 2013. p.502

[18] JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 9ª ed, rev. atual. Ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.p. 297

[19] CARVALHO FILHO, José Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 26ª ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Atlas, 2013., p113

[20] CRETELLA Jr., p. 310.

[21] CARVALHO FILHO, José Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 26ª ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Atlas, 2013., p115.

[22] CARVALHO FILHO, José Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 26ª ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Atlas, 2013. p115.

[23] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25ª ed São Paulo: Atlas, 2012. p, 82.

[24] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25ª ed São Paulo: Atlas, 2012. p.83.

[25] HELY LOPES MEIRELLES, p. 181.

[26] JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 9ª ed, rev. atual. Ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.p. 964

[27] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25ª ed São Paulo: Atlas, 2012. p. 648

[28] O art. 28 da EC nº 19/98 estabeleceu a estabilidade, no prazo de dois anos, aos servidores que, quando da promulgação da Emenda, estavam em estágio probatório, ou seja, ainda não tinham alcançado a estabilidade. Dessa forma, o prazo de três anos só vai incidir sobre os servidores que ingressassem no serviço público após a promulgação da EC nº 19/98.

[29] CARVALHO FILHO, José Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 26ª ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Atlas, 2013., p. 671

[30] CARVALHO FILHO, José Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 26ª ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Atlas, 2013.p. 670.

[31] CARVALHO FILHO, José Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 26ª ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Atlas, 2013. P 673

[32] JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 9ª ed, rev. atual. Ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.p. 964 e 965.

[33] STF. RE nº 589998 – PI – Min. Rel. Ricardo Lewandowski. *In*:<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4499353>. Acessado em: 20 de setembro de 2013.

[34] STF. RE nº 589998 – PI – Min. Rel. Ricardo Lewandowski. *In*:<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4499353>. Acessado em: 20 de setembro de 2013.

[35] STF. RE nº 589998 – PI – Min. Rel. Ricardo Lewandowski. *In*:<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4499353>. Acessado em: 20 de setembro de 2013.

[36] STF. RE nº 589998 – PI – Min. Rel. Ricardo Lewandowski. *In*:<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4499353>. Acessado em: 20 de setembro de 2013.

[37] STF. RE nº 589998 – PI – Min. Rel. Ricardo Lewandowski. *In*:<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4499353>. Acessado em: 20 de setembro de 2013.

[38] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 220-221.

[39] STF. RE nº 589998 – PI – Min. Rel. Ricardo Lewandowski. *In*:<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4499353>. Acessado em: 20 de setembro de 2013.

[40] STF. RE nº 589998 – PI – Min. Rel. Ricardo Lewandowski. *In*:<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4499353>. Acessado em: 20 de setembro de 2013.

[41] Importante dizer que o próprio Supremo Tribunal Federal ressaltou a situação dos empregados públicos aprovados em concurso público antes da EC nº 19/98, os quais possuem o direito à estabilidade. Nesse sentido, AI 472.685-AgR, Rel. Min. Eros Grau.

[42] STF. AI 561.230-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes. Acessado em: 23 de setembro de 2013.

REGIME JURÍDICO DO TERCEIRO NA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

LUCAS GRANGEIRO BONIFÁCIO: Técnico Judiciário da Justiça Federal de Primeiro Grau - SJPB, atuando como Oficial de Gabinete do Juízo da 6ª Vara Federal/SJPB. Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Paraíba - UFPB.

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo lucubrar, na especial sistemática da Lei nº 8.429/92, qual o regime jurídico aplicável aos terceiros. Nesse quadro, inicialmente será analisada a estrutura da norma sancionatória de improbidade administrativa e sua integração pela legislação setorial. Para tanto, método de abordagem utilizado será o hipotético-dedutivo; de procedimento, o comparativo; e a técnica de pesquisa, a documentação indireta. Assim, inicialmente, será analisada a estrutura da norma sancionatória de improbidade administrativa e sua integração pela legislação setorial. Em seguida, será abordado questionamento doutrinário e jurisprudencial sobre a impossibilidade de somente o particular figurar no polo passivo de Ação Civil de Improbidade Administrativa. Por fim, será analisada a regra prescricional aplicável ao terceiro, inclusive na hipótese de existência de vários agentes públicos, aos quais sejam aplicáveis diversos lapsos prescricionais.

Palavras-chave: Direito Administrativo Sancionador; Improbidade Administrativa; Agente Público; Terceiro.

Abstract: The objective of this article is to show, in the special systematics of Law No. 8.429 / 92, what legal regime applies to third parties. In this context, the structure of the sanctioning standard of administrative improbity and its integration by sectoral legislation will initially be analyzed. Therefore, the method of approach used will be the hypothetico-deductive method; of procedure, the comparative; and the research technique, the indirect documentation. Thus, initially, the structure of the sanctioning rule of administrative improbity and its integration by sectoral legislation will be analyzed. Then, it will be approached doctrinal and jurisprudential questioning on the impossibility of only the particular figure in the passive pole of Civil Action of Administrative Improbity. Finally, the rule of law applicable to the third party will be analyzed, even if there are several public agents, to whom several prescriptive periods apply.

Keywords: Administrative Law Sanctioning; Administrative dishonesty; Public Agent; Particular.

Sumário: 1. INTRODUÇÃO; 2. ESTRUTURA DA NORMA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA EM RELAÇÃO AO TERCEIRO; 3. DA IMPOSSIBILIDADE DE O PARTICULAR FIGURAR COMO ÚNICO DEMANDADO NO POLO PASSIVO DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA; 4. PRESCRIÇÃO APLICÁVEL AO TERCEIRO; 5. CONCLUSÃO; 6. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

A improbidade administrativa é instância de responsabilização especial do agente público, calcada na ilegalidade, imoralidade e deslealdade daqueles que estabelecem um especial vínculo com a Administração Pública. Entretanto, a Lei nº 8.429/92 também atinge terceiros que atuem em conluio com o *intransiens* por força do art. 2º da LIA.

Conquanto estabeleça a possibilidade de efetivar sanções em detrimento de particulares, o mencionado diploma legal não apresenta, de forma minudenciada, o estatuto jurídico a eles aplicado.

Assim, o presente artigo tem como objetivo lucubrar, na especial sistemática da Lei nº 8.429/92, qual o regime jurídico aplicável aos terceiros. Nesse quadro, inicialmente será analisada a estrutura da norma sancionatória de improbidade administrativa e sua integração pela legislação setorial.

Em seguida, será abordado questionamento doutrinário e jurisprudencial sobre a impossibilidade de somente o particular figurar no polo passivo de Ação Civil de Improbidade Administrativa.

Por fim, será analisada a regra prescricional aplicável ao terceiro, inclusive na hipótese de existência de vários agentes públicos, aos quais sejam aplicáveis diversos lapsos prescricionais.

Para tanto, o método de abordagem utilizado será o hipotético-dedutivo, porquanto serão eleitas hipóteses sobre a estrutura da norma sancionatória

de improbidade administrativa quando direcionada ao particular para, então, desvelar o regime jurídico a eles aplicável.

A seu turno, será adotado, como método de procedimento, o comparativo, uma vez que as soluções à problemática ora lucubrada apresentadas pela doutrina e pela jurisprudência serão comparadas com a estrutura do ato ímprobo a fim de verificar as relações de semelhança ou diferença existentes.

Por sua vez, a técnica de pesquisa utilizada será a documentação indireta através de levantamento de dados mediante pesquisa documental e bibliográfica da doutrina, bem como de entendimentos jurisprudenciais sobre o tema.

Em toda a análise, a interpretação será norteada pelos direitos fundamentais positivados na Constituição Federal, imanentes aos acusados em geral no âmbito do Direito Punitivo Estatal.

2. ESTRUTURA DA NORMA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA EM RELAÇÃO AO TERCEIRO

O reconhecimento do sistema jurídico aplicável aos terceiros demanda a lucubração da norma jurídica sancionatória prevista na Lei nº 8.429/92 e, assim, do procedimento de adequação típica do fato concreto à norma abstrata.

Nesse quadro, importa ressaltar que as sanções previstas no art. 12 da LIA possuem caráter penaliforme e, portanto, gravoso, atingindo direitos inerentes ao vínculo estabelecido entre o cidadão e o Estado, a exemplo da liberdade de contratar com o poder público, bem como de gozar dos direitos políticos.

Assim, é necessário assegurar aos acusados em geral, na improbidade administrativa, os direitos e garantias previstos na Constituição Federal, dentre os quais o princípio da legalidade e o da tipicidade.

Ora, tais preceitos são respeitados, mormente no âmbito sancionatório, quando as normas que tipificam condutas ilícitas são elaboradas em conformidade com os brocardos *lex certa*, *lex praevia* e *lex scripta*.

Decerto, a presença de limites certos na norma tipificadora possibilita que o agente atue em conformidade com o mandamento normativo, havendo ciência prévia que determinada conduta poderá ser sancionada pela lei.

Contudo, a norma sancionatória de improbidade administrativa é elaborada através de conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas abertas, de caráter generalista e que possibilitam a adequação de inúmeros casos concretos.

Trata-se, na realidade, de técnica de previsão legislativa comum no Direito Administrativo Sancionador, conforme elucidado por Alejandro Nieto (2005, p. 347):

O mandamento de tipificação tem duas vertentes, dado que não só a infração, mas também a sanção hão de estar devidamente previstas na norma que, em virtude da reserva legal, deve ter categoria de lei. Com remissão ou sem ela, uma vez realizada a tipificação das infrações, as normas devem atribuí-las umas sanções determinadas, estabelecendo a correlação entre umas e outras. Operação que se realiza através de distintas técnicas. Em uns casos, os mais raros, se atribui direta e individualmente uma sanção a cada infração. Mas, em regra, a lei procede de uma maneira genérica e não concreta, operando não com infrações e sanções singulares, mas com grupos de umas e outras, que permitem evitar o prolixo detalhismo de uma atribuição individualizada: luxo este que só podem permitir as leis penais em face do reduzido repertório de seus ilícitos; mas que resultaria impossível quanto se tem que manejar centenas de tipos de infração

Assim, é que a adequação da estrutura normativa apresentada pela LIA aos princípios da legalidade e tipicidade demandam a percepção dos arts. 9 a 11 da LIA como normas sancionadoras em branco, que demandam a complementação de outros instrumentos legais. Nesse sentido leciona Fábio Medina Osório (2007, p. 275-277):

Conceituamos a LGIA como um instrumento composto de normas sancionadoras em branco, aptas a absorver a incidência das legislações setoriais. Não existe improbidade administrativa sem que haja, antes, subjacentemente, uma violação das normas setoriais. Não pode existir improbidade administrativa por meio da violação direta das normas da própria LGIA. Se aceitássemos tal hipótese, estaria aberta a via de uma grave insegurança jurídica. Os princípios podem ostentar funcionalidade normativa de controle da validade dos atos administrativos, mas jamais uma função autônoma de suporte aos tipos sancionadores da Lei Federal 8.429/92. [...] Não se pode, por razões de segurança jurídica, legalidade, tipicidade e fundamentos do Estado Democrático de Direito, imputar improbidade administrativa a alguém, formulando uma acusação de vulneração isolada dos ditames de qualquer dos textos da LGIA, porque a incidência desta depende, de modo visceral, da prévia violação de outras normas. Trata-se, aqui, de formular uma exigência de fundamentação democrática da imputação, assegurando-se o direito ao devido processo legal e, em especial, à ampla defesa.

Com efeito, o preceito primário da norma, que estabelece em abstrato as condutas que serão sancionadas, não está elucidado de forma detalhado na LIA, a qual apresenta, unicamente, diretrizes gerais.

Assim, há a necessidade de integração da legislação setorial imanente à atuação do agente público, mormente porque, no âmbito da Administração Pública, a conduta do servidor deve respeitar o princípio da reserva legal.

Assim, por exemplo, se determinado Prefeito Municipal firma convênio com o Ministério das Cidades para a transferência de numerário a fim de construir estradas na zona rural da municipalidade e, ao contrário, utiliza tal dinheiro para a realização de festividades, haveria, em tese, a ultimação de improbidade administrativa.

Com efeito, tal conduta seria contrária aos preceitos regentes da Administração Pública, subsumindo-se à dicção do art. 11, *caput*, da LIA. Entretanto, a aplicação direta da norma causaria insegurança jurídica pela generalidade de seus termos.

Assim, o mencionado art. 11, LIA, deve ser integrado pelo art. 8º, parágrafo único, da Lei Complementar nº 101/2000, bem como pelos termos do convênio firmado. Em seguida, seria possível analisar a adequação típica entre a conduta concreta e a prevista em abstrato.

Dessa forma, para os agentes públicos, o tipo de improbidade deve ser integrado pelas normas que norteiam sua atuação, considerando o princípio da legalidade estrita vigente na Administração Pública.

Entretanto, em relação aos particulares, a legalidade constitui preceito geral que autoriza a atuação na ausência de norma. É dizer, então, que na ausência de norma, o particular está livre para agir.

Assim, não haveria como integrar o preceito primário da norma de improbidade administrativa, o que, ao fim e ao cabo, infringiria o mandato de tipificação, imanente ao devido processo legal.

Não por outra razão a LIA indica que o particular somente será sancionado quando atuar em conluio com agente público. Vejamos a exata dicção do art. 3º:

Art. 3º As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.

Assim é que, diante da previsão do art. 3º da LIA, conclui-se que o preceito primário da norma sancionatória deve ser integrado pela mesma legislação utilizada pelo intérprete em relação ao agente público.

Destarte, verifica-se que a própria construção do tipo sancionatório em relação ao terceiro demanda a presença de agente público. Em outras palavras, inexistindo *intraneus* há impossibilidade de construção de tipo de improbidade no referente ao particular.

3. DA IMPOSSIBILIDADE DE O PARTICULAR FIGURAR COMO ÚNICO DEMANDADO NO POLO PASSIVO DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Conforme elucidado, a construção da norma sancionatória de improbidade administrativa em relação ao terceiro demanda a atuação do particular em conluio com agente público.

Não por outra razão, a jurisprudência tem entendido pela impossibilidade de o terceiro figurar como único demandado em Ação Civil de Improbidade Administrativo. Vejamos:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRESENÇA DE AGENTE PÚBLICO NO PÓLO PASSIVO DA AÇÃO. NECESSIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 83/STJ. AUSÊNCIA DE COMBATE A FUNDAMENTOS AUTÔNOMOS DO ACÓRDÃO.

RAZÕES RECURSAIS DISSOCIADAS. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO.

APLICAÇÃO, POR ANALOGIA, DAS SÚMULAS N. 283 E 284/STF. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO DA TESE SEGUNDO A QUAL O RECORRIDO SERIA AGENTE PÚBLICO EM RAZÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 211/STJ. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA.

I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Assim sendo, in casu, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015 ao julgamento deste Agravo Interno.

II - É pacífico o entendimento no Superior Tribunal de Justiça segundo o qual somente é possível a análise da responsabilização de particular, por ato de improbidade administrativa, se este for atribuído, concomitantemente, a agente público, restando inviável o ajuizamento de ação civil pública de improbidade administrativa exclusivamente em face do eventual terceiro beneficiário.

III - O recurso especial, interposto pelas alíneas a e/ou c do inciso III do art. 105 da Constituição da República, não merece prosperar quando o acórdão recorrido encontra-se em sintonia com a jurisprudência desta Corte, a teor da Súmula n. 83/STJ.

IV - A jurisprudência desta Corte considera deficiente a fundamentação quando a parte deixa de impugnar fundamento suficiente para manter o acórdão recorrido, apresentando razões recursais dissociadas dos fundamentos utilizados pela Corte de origem.

Incidência, por analogia, das Súmulas n. 283 e 284/STF.

V - A ausência de enfrentamento da questão objeto da controvérsia pelo tribunal a quo, não obstante oposição de Embargos de Declaração, impede o acesso à instância especial, porquanto não preenchido o requisito constitucional do prequestionamento, nos termos da Súmula n. 211/STJ.

VI - A Agravante não apresenta, no agravo, argumentos suficientes para deconstituir a decisão recorrida.

VII - Agravo Interno improvido.

(AgInt no REsp 1442570/SP, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 09/05/2017, DJe 16/05/2017)

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. IMPOSSIBILIDADE DE FIGURAR APENAS PARTICULARES NO POLO PASSIVO DA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AUSÊNCIA DE AGENTE PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. **A jurisprudência desta Corte firmou entendimento no sentido de que "os particulares não podem ser responsabilizados com base na LIA sem que figure no pólo passivo um agente público responsável pelo ato questionado** (...) (REsp 896.044/PA, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 16.9.2010, DJe 19.4.2011). Agravo regimental improvido. (AGRESP 201302177001, HUMBERTO MARTINS, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA: 05/05/2014)

Ademais, o particular não poderá ser condenado em sanções da LIA, se a pretensão sancionatória endereçada aos particulares for improcedente. Ora, não sendo reconhecida a infringência da legislação setorial pelo agente público, não haveria como sequer integrar o preceito normativo primário da norma em relação ao particular.

Dessa forma, por exemplo, se em determinada licitação houve comprovado conluio entre licitantes, sem, entretanto, a ciência ou participação dos membros da Comissão de Licitação e do Prefeito Constitucional, não poderá haver condenação por improbidade administrativa.

Em outras palavras, o mero conluio entre licitantes não acarreta improbidade administrativa, quando não acompanhada da prática de ilícitos em relação ao agente público.

Nesse sentido tem entendido a jurisprudência do e. TRF-5:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE IMPROBIDADE. LEI Nº 8.429/92. EX-PREFEITO E PARTICULARES. IMPUTAÇÃO DE FRAUDE EM LICITAÇÃO. CONVITE. PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS DE FACHADA COM A FINALIDADE DE COMPOR O NÚMERO MÍNIMO DE LICITANTES. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE CONLUIO ENTRE OS REPRESENTANTES DAS EMPRESAS E O ENTÃO PREFEITO. NÃO CONFIGURAÇÃO DO DOLO. AUSÊNCIA DE DANO AO ÉRARIO PÚBLICO. ABSOLVIÇÃO QUE SE MANTÉM. 1. (...) **7. O simples fato de haverem concorrido empresas "de fachada" no certame não conduz, necessariamente à conclusão de que a licitação foi fraudada, porquanto para isso se faz necessária a adesão dos agentes públicos à empreitada criminosa. Não há prova de conluio com os agentes públicos.** 8. Outrossim, a só ausência de indicação de titularidade das rubricas

apostas nos documentos do processo licitatório, por configurar mera irregularidade, não se presta a fundamentar uma condenação por improbidade administrativa, especialmente quando desacompanhada de outros elementos hábeis a denotar o dolo ou a culpa grave dos agentes públicos. **9. Se houve dolo ou má-fé no caso, a mácula se restringiu ao comportamento dos particulares que se utilizaram das empresas "de fachada", nada havendo de concreto em relação à desonestidade na conduta dos agentes públicos que integravam a Comissão de Licitação do Município de Esperança/PB e na atuação do então Prefeito.** 10. **Inexistentes os requisitos autorizadores para o reconhecimento da prática de ato ímprobo pelo agente público, se afiguram inaplicáveis as disposições da lei de improbidade aos particulares, eis que a atuação destes somente se afigura punível nesta seara quando atrelada à conduta ímproba daquele. Aplicação do art. 3º da Lei nº 8.429/92.** Apelação improvida. (AC 00025004420134058201, Desembargador Federal Cid Marconi, TRF5 - Terceira Turma, DJE - Data: 01/03/2016 - Página: 65.)

CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LICITAÇÕES Nº 04/2009 E 10/2010. MUNICÍPIO DE MONTADAS/PB. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. INOCORRÊNCIA. APLICABILIDADE A PREFEITOS E SECRETÁRIOS MUNICIPAIS. ILEGITIMIDADE PASSIVA. INOCORRÊNCIA. NULIDADE DE PROVA EMPRESTADA. AUSÊNCIA. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. OBSERVÂNCIA. JULGAMENTO EXTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. DISPENSADA

IRREGULARMENTE OU SEM REALIZAÇÃO DE LICITAÇÃO. COMPROVAÇÃO. PREJUÍZO AO ERÁRIO. AÇÃO CAUTELAR PRÉVIA. DESNECESSIDADE. PRESCRIÇÃO. NÃO-INCIDÊNCIA. FRUSTRAÇÃO AO CARÁTER COMPETITIVO DA LICITAÇÃO. EMPRESAS PARTICIPANTES PERTENCENTES AO MESMO GRUPO ECONÔMICO. COMPROVAÇÃO. PARTICIPAÇÃO DOS AGENTES PÚBLICOS. NÃO COMPROVAÇÃO. CONDENAÇÃO EXCLUSIVA DOS PARTICULARES. IMPOSSIBILIDADE.

(...)

8. Porque não provada a participação dos agentes públicos, levados a erro por empresários que forjaram concorrência de empresas em certames, é forçosa a absolvição, já que a configuração de ato de improbidade, pela severidade das sanções da Lei de Improbidade de caráter penaliforme, reclama arcabouço probatório robusto.

9. Não é cabível a condenação exclusiva do particular em ação de improbidade sem a participação efetiva de um agente público.

10. Recurso provido. (PROCESSO: 00001680720134058201, AC581823/PB, DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ LUIS MAIA TOBIAS GRANJA (CONVOCADO), Primeira Turma, JULGAMENTO: 28/09/2017, PUBLICAÇÃO: DJE 05/10/2017 - Página 47)

Destarte, a estrutura normativa da LIA indica que o particular somente poderá ser demandado em Ação Civil de Improbidade Administrativa em litisconsórcio passivo necessário com agente público. Ademais, somente

poderá haver condenação do terceiro se a pretensão sancionatória em detrimento do *intra-neus* for procedente.

4. PRESCRIÇÃO APLICÁVEL AO TERCEIRO

Questão tormentosa sobre o particular na improbidade administrativa é qual regra prescricional ser-lhe-ia aplicável, mormente porque a LIA é silente a tal respeito. De fato, o art. 23, LIA, assim dispõe:

Art. 23. As ações destinadas a levar a efeitos as sanções previstas nesta lei podem ser propostas:

I - até cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança;

II - dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego.

III - até cinco anos da data da apresentação à administração pública da prestação de contas final pelas entidades referidas no parágrafo único do art. 1º desta Lei.

Nesse quadro, o STJ tem asseverado que a prescrição aplicável será aquela inerente ao agente público com o qual o terceiro tenha atuado em conluio. A solução apresentada pelo Tribunal da Cidadania é consentânea com o regime jurídico do particular até agora elucidado. Confirmam-se os seguintes acórdãos:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. DATA PREMISSA FÁTICA.

SÚMULA 7/STJ. TERCEIRO EM CONLUIO COM AGENTES PÚBLICOS. APLICAÇÃO DO ART. 23 DA LIA. SÚMULA 83/STJ. DOSIMETRIA. ART. 12 DA LIA.

PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. É inadmissível o recurso especial se a análise da pretensão da recorrente demanda o reexame de provas (Súmula 7/STJ).

2. Nos moldes da jurisprudência firmada do STJ, aplica-se aos particulares, réus em ação de improbidade, a mesma sistemática cabível aos agentes públicos, prevista no art. 23, I e II, da Lei 8.429/1992, para fins de fixação do termo inicial da prescrição.

3. "Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida" (Súmula 83/STJ).

4. Não havendo violação aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, modificar o quantitativo da sanção aplicada pela instância de origem, no caso concreto, enseja reapreciação dos fatos e provas, obstado nesta instância especial (Súmula 7/STJ).

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1159035/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/11/2013, DJe 29/11/2013)

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRESCRIÇÃO.

APLICAÇÃO AOS PARTICULARES.

I - Trata-se de ação civil pública ajuizada com o objetivo de apurar atos de improbidade administrativa, cuja extinção em razão da prescrição foi decretada no juízo a quo.

II - O aresto recorrido reformou tal entendimento, afastando a prescrição em relação a três dos réus, mas para um deles, por não se cuidar de servidor público, mas de um advogado, manteve a prescrição.

III - Quando um terceiro, não servidor, pratica ato de improbidade administrativa, se lhe aplicam os prazos prescricionais incidentes aos demais demandados ocupantes de cargos públicos. Precedente: REsp nº 965.340/AM, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ de 08.10.2007.

IV - Na hipótese, o advogado em questão foi denunciado em ação penal pela prática de extorsão qualificada (artigo 158, § 1º, do Código Penal) juntamente com outros dois có-réus (servidores), para os quais a prescrição foi afastada pelo aresto recorrido, devendo o mesmo se dar em relação a ele.

V - Recurso provido, afastando-se a prescrição em relação ao recorrido ADRIANO ANHÊ MORAN, com o retorno dos autos ao Tribunal a quo para o prosseguimento da ação civil pública respectiva.

(REsp 1087855/PR, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/03/2009, DJe 11/03/2009)

Tal situação, entretanto, resta agravada quando existem diversos agentes públicos em relação aos quais a norma preveja lapsos prescricionais diferentes.

Com efeito, na improbidade administrativa, a unidade de ato ímprobo, não acarreta a unidade de lapso prescricional, porquanto tal hiato varia de acordo com a espécie do vínculo jurídico estabelecido entre o sujeito ativo do ilícito e a Administração Pública.

Assim, por exemplo, no exemplo acima mencionado, ao Prefeito Constitucional seria aplicável o prazo de cinco anos após o término de seu mandato ou, se reeleito, após o último mandato.

Entretanto, se também houve a participação no ilícito de algum servidor da prefeitura, a este será aplicada a regra prescricional prevista no estatuto do servidor público municipal para a pena de demissão a bem do serviço público, que, em regra, remete aos prazos prescricionais fixados no Código Penal quando o ilícito administrativo também consubstanciar crime.

Nessa hipótese, por exemplo, haveria prazos prescricionais distintos em relação ao mesmo ato ímprobo. Nessa situação, o STJ tem entendido pela prevalência, pura e simples, do hiato prescricional mais gravoso.

Doutra banda, o e. TRF-5 já entendeu pela aplicação do lapso prescricional mais benéfico:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO INTERPOSTO POR TERCEIRO PREJUDICADO (INCRA). INTERESSE JURÍDICO. INEXISTÊNCIA. NÃO-CONHECIMENTO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONDENAÇÃO DE PESSOA JURÍDICA QUE NÃO FOI DEMANDADA. NULIDADE PARCIAL DA SENTENÇA. RECONHECIMENTO EX OFFICIO. PETIÇÃO INICIAL. APTIDÃO. INDIVIDUALIZAÇÃO SUFICIENTE DAS CONDUTAS

PELO MPF. PROVAS DESNECESSÁRIAS E INÚTEIS. INDEFERIMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. PLURALIDADE DE REPRESENTANTES PROCESSUAIS. INTIMAÇÃO DE TODOS. DESNECESSIDADE. COISA JULGADA MATERIAL. LIMITAÇÃO SUBJETIVA ÀS PARTES. NÃO-EXTENSÃO AO CUSTUS LEGIS. AÇÃO DE RESSARCIMENTO DE DANOS AO ERÁRIO. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE ATIVA. CONDIÇÕES DA AÇÃO. EXTRAÇÃO DA NARRATIVA FÁTICA FEITA NA INICIAL. LEGITIMIDADE PASSIVA DOS RÉUS. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. 2. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. PRESCRIÇÃO. AÇÃO DE IMPROBIDADE CONTRA PARTICULAR. APLICAÇÃO DO PRAZO FIXADO PARA O SERVIDOR. PRECEDENTES DO STJ. PLURALIDADE DE SERVIDORES E DE PRAZOS. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO IN DUBIO PRO REO. ADOÇÃO DO PRAZO MAIS FAVORÁVEL AOS PARTICULARES. AÇÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO POR DANOS DECORRENTES DE ATO ILÍCITO. IMPRESCRITIBILIDADE.

(...) 2.1 - A prescrição da ação por ato de improbidade administrativa está disciplinada no art. 23 da Lei n. 8.429/92. Dispositivo que trata somente da prescrição em relação aos agentes públicos exercentes de mandato, cargo em comissão ou função de confiança (inciso I) e dos ocupantes de cargo efetivo ou emprego público (inciso II). Inexistência de previsão do prazo de prescrição em relação aos particulares. Jurisprudência do STJ que se firmou no sentido que são aplicáveis aos particulares os mesmos prazos prescricionais estabelecidos na lei para os servidores. Pluralidade de agentes públicos com prazos prescricionais diversos.

Aplicação aos particulares do prazo prescricional mais favorável. Dupla interpretação possível que impõe o prestígio ao princípio *in dubio pro reo*. Haja vista que a ação contra um dos servidores demandados (ODMILSON SOARES DE QUEIROZ) prescreveu antes da propositura desta ação, deve-se reconhecer a prescrição em relação aos particulares MANOEL DE MOURA MEDRADO NETO e CARLOS EDUARDO NASCIMENTO DALTRO. (...) (PROCESSO: 200583080007798, AC465511/PE, DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO, Segunda Turma, JULGAMENTO: 02/02/2010, PUBLICAÇÃO: DJE 18/02/2010 - Página 132)

Entretanto, entendimento consentâneo com aquele acima explicitado é a aplicação em relação ao particular do lapso prescricional previsto para o agente público com o qual atuou em conluio.

5. CONCLUSÃO

O presente trabalho teve por escopo analisar o regime jurídico do terceiro no âmbito da improbidade administrativa e suas consequências na Ação Civil de Improbidade.

Assim, no primeiro item analisou-se a estrutura analítica do ato ímprobo, concluindo pela necessidade de integração do preceito normativo primário da norma sancionadora com legislação setorial, mormente ante os princípios da legalidade e da tipicidade. Em relação ao terceiro, restou elucidado a necessidade de integração pela legislação que regula a atuação do agente público com o qual o particular atuou em conluio.

No segundo item, afirmou-se a impossibilidade de o terceiro ser único demandado em improbidade administrativo, estabelecendo-se a necessidade de litisconsórcio passivo necessário com o *intraneus*.

No terceiro ponto, lucubrou-se a regra prescricional aplicável ao terceiro, inclusive na hipótese em que atua em conjunto com vários agentes públicos, em relação aos quais a LIA prevê diversos lapsos prescricionais.

Assim, percebeu-se que a improbidade administrativa é instância especial de responsabilização do agente público e que, apenas excepcionalmente, poderá atingir terceiros, no que diverge da seara penal.

6. REFERÊNCIAS

ALEJANDRO NIETO. **Derecho Administrativo Sancionador**. 4. ed. Madri: Tecnos, 2005.

BONIFÁCIO, Lucas Grangeiro. **Prescrição na Improbidade Administrativa**. João Pessoa: Sal da Terra, 2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: . Acesso em: 08 de outubro de 2017.

_____. Lei n 8.666/93. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 22 jun. 1993. Disponível em: . Acesso em: 08 de setembro de 2017.

_____. Lei n 8.429/92. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 03 jun. 1992. Disponível em: . Acesso em: 27 de março de 2017.

_____. Decreto n. 678/92. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 09 nov. 1992. Disponível em: . Acesso em: 08 de setembro de 2017.

_____. Lei Complementar n. 101/2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 05 maio 2000. Disponível em: . Acesso em: 08 de setembro de 2017.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. **Teoria da Improbidade Administrativa**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2007.

A QUINTA VALA: A DIVINA TRAGÉDIA DA TRAIÇÃO PREMIADA

SERGIO RICARDO DO AMARAL GURGEL:
Faculdade de Direito Cândido Mendes. Pós-graduado em Direito Penal e Direito Processual Penal.

A traição jamais obteve tanto espaço nos noticiários quanto nos últimos anos. Contudo, esse ato humano execrável, que pela história da humanidade foi responsável por desencadear crimes passionais, guerras e outras reações extremas, já não desperta mais tantas paixões, e às vezes chega a ser motivadora de reivindicação de prêmios.

Por todo o planeta encontramos infindáveis termos para fazer menção aos que possuem o desvio de **caráter** que conduz à infidelidade. Na riquíssima língua portuguesa, as variantes superam aquelas vistas em qualquer outra, seja pelas tradicionais expressões contidas no vernáculo, como traidor, traíçoeiro, delator, alcaguete, informante, seja pela linguagem coloquial, a exemplo de traíra, dedo-duro, linguarudo, X-9 etc. Nos países estrangeiros também encontramos termos com o mesmo teor pejorativo, como *rat* (Estados Unidos da América), *sneak* (Inglaterra), *un homme commère* (França), *Zinker* e *31er* (Alemanha). Creio ser arriscado demais tentar fazer uma tradução precisa, sabendo o que dizem os italianos: “*traduttore, traditore.*”.

A origem da traição coincide com o mito da criação do homem. De acordo com os textos bíblicos, Caim, impelido por ciúmes, realiza uma emboscada para ceifar a vida de seu irmão Abel. Todavia, está no Novo Testamento a sua máxima expressão, quando Judas Iscariotes procura as autoridades para delatar Jesus de Nazaré, acarretando a crucificação de um acusado considerado inocente, à luz do Direito Romano. Na concepção cristã, pode-se assegurar que, diante de tantos pecados, nenhum outro veio a ser considerado tão repulsivo quanto esse.

Dante Alighieri, por exemplo, nos versos que compõem A Divina Comédia, representa o mapa do inferno, escalonando-o em diversos pavimentos (círculos) rumo ao núcleo da Terra. Dependendo da iniquidade, os condenados são colocados em um ambiente mais profundo. No nono e último círculo, intitulado Lago Cócite, encontram-se os que se entregaram à traição. Essa instância sombria, por sua vez, é subdividida em quatro valas: a primeira, chamada Caína (alusão à Caim) para aqueles

que se voltaram contra os próprios parentes; a segunda, batizada de Antenora, reservada aos traidores da pátria; a terceira, Ptolomeia, para abranger os que insurgiram contra os seus hóspedes e, por fim, a quarta e mais terrível, cujo nome é Judeca (nítida referência ao apóstolo), onde os traidores dos benfeitores expiam por seus pecados na companhia de Lúcifer. Das *tre facce* do Anticristo, uma separa Judas de Brutus e Cassius. Não seria mera especulação afirmar que, pelos escritos do poeta florentino, consolidava-se a antítese dos ideais de Santo Agostinho sobre o que seria a Cidade de Deus.

Saindo da órbita do cristianismo, a temática se repete em todas as outras religiões. No judaísmo, assim como ocorre no islamismo, a deslealdade repercute severamente no espírito humano. E não haveria como se admitir uma doutrina de fé construída em desacordo com os preceitos éticos das civilizações aos quais aderiram. Até mesmo quando nos aventuramos ao estudo da Mitologia Grega, constatamos que a ira dos deuses normalmente é provocada por uma questão central: a traição.

No estudo da História, mesmo quando orientado pela dialética marxista, percebe-se um enorme destaque às personagens que sucumbiram à vilania da falta de palavra para com os seus confidentes. Talvez o assunto gere certo desconforto aos pesquisadores em geral, por representar tudo aquilo que repudiam no semelhante e em si mesmo.

Durante a segunda etapa de Revolução Francesa, os jacobinos acusaram vários dos seus correligionários de estarem conspirando contra os comitês em troca de privilégios ofertados pela alta burguesia. A insegurança política que conduzia os parisienses à construção de um verdadeiro Estado policial acarretou a execução do corrupto Danton, entre outros ícones do processo revolucionário, como Camile Desmoulins. Pouco tempo depois, a histeria das delações fez os próprios algozes subirem ao cadafalso para terem suas cabeças decepadas. Foi nesse contexto que Charlotte Corday protagonizou o episódio mais emblemático do período, retribuindo ao líder Jean-Paul Marat o terror que havia sido colocado na ordem do dia em reunião extraordinária da Convenção.

Outros fatos históricos da mesma grandeza, que gravitam em torno do tema em tela, marcaram ou mancharam, significativamente, a linha do tempo. Impossível deixar de citar o costumeiro pacto de não agressão, articulado por Joachim von Ribbentrop (Ministro do III Reich condenado à morte pelo Tribunal de Nuremberg),

que antecedia a invasão da *Wehrmacht* ao indefeso país signatário, bem como o escândalo de *Watergate*, em que um *Deep Throat* colocava Richard Nixon no dilema entre a renúncia e o *Impeachment*.

O **estudo** da evolução política brasileira também esbarra em uma série de inconfidências, ganhando maior notoriedade a que ocorrera em Minas Gerais sob a liderança de Tiradentes. Punido com a estranha e cruel pena capital da “morte para sempre”, contemplada pelas Ordenações Filipinas, o mártir da independência após ser enforcado, teve a sua cabeça arrancada e exposta, espalhando-se os fragmentos do seu corpo esquartejado pelos logradouros públicos. Em contrapartida, o delator Joaquim Silvério dos Reis recebia honrarias de Dom João, sem imaginar que seu nome seria amaldiçoado pela eternidade por seus conterrâneos (desonra para sempre), não obstante tivesse revelado os planos de um homem visto como criminoso pela legislação em vigor naquele período.

Apesar da ideia do óbito em caráter permanente ter sido extirpada do Direito Pátrio com o **advento** do Código Criminal de 1831, a traição nele permaneceu e perdura até a presente data. Além de configurar uma circunstância agravante genérica, prevista no art. 61 do Código Penal, o vil comportamento se faz presente na Parte Especial entre as qualificadoras do crime de homicídio (art. 121, § 2.º, III) e também como núcleo do tipo penal que leva a rubrica marginal de Patrocínio Infiel (art. 355). Porém, quando interpretada em sentido amplo, a odiosa prática que atinge tanto o particular quanto o Estado, pode ser identificada em trinta e oito delitos inseridos no mesmo diploma legal, como no caso do induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio praticado por motivo egoístico (art. 122, p.ú., I), em que o agente, por exemplo, inculca na vítima o desejo de autodestruição para se beneficiar da herança. Na mesma esteira cabe mencionar diferentes preceitos que indicam maucaratismo similar, como o Perigo de Contágio Venéreo (art. 130); Violação de Segredo Profissional (art. 154); Bigamia (art. 235); Peculato Mediante Erro de Outrem (art. 313); Fraude Processual (art. 347), entre tantos outros da lei maior em matéria penal e da legislação extravagante. Aliás, por falar em lei especial, é importante assinalar que no Código Penal Militar, no livro que trata Dos Crimes Militares Em Tempo de Guerra, há um capítulo que leva o título Da Traição, no qual para todos os delitos o legislador comina a pena de morte, que no caso brasileiro, de acordo com o art. 56, se cumpre mediante fuzilamento.

Apenas em relação à infidelidade conjugal, a legislação não reage com tanto rigor. No ano de 2005, o adultério foi objeto de *abolitio criminis*, deixando o mundo do Direito Penal para receber o tratamento do Direito Civil, que, por sua vez, se mostra bastante flexível nesse aspecto. Não há mais o que falar em divórcio por culpa do cônjuge adúltero e, como se não bastasse, as indenizações por danos morais fixadas em valores quase insignificantes vêm perdendo o caráter retributivo e preventivo. Não havendo bens, nem filhos, a dissolução da sociedade conjugal se efetivará em questão de minutos, na frieza dos polos que congela o recinto cartorial. O preço também não representará qualquer empecilho e, certamente, sairá muito mais barato do que trinta moedas de prata. Não seria exagero dizer que estará consumada mais uma traição promovida com um beijo. Aliás, diga-se de passagem, em um mundo onde todos os valores são relativizados, e o dinheiro é reverenciado como deus único, o que dizer da cumplicidade entre marido e mulher, fruto do amor verdadeiro?

O instituto da delação premiada, que vem sendo utilizado como ferramenta estatal no enfrentamento do crime organizado desde o advento da Lei 8.072/90 (Crimes Hediondos) - estendendo-se mais tarde para outras leis específicas, como a Lei 7.492/1986 (Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional), Lei 8.137/1990 (Crimes Contra a Ordem Tributária, Econômica e Relações de Consumo), Lei 9.613/1998 (Lavagem de Dinheiro), Lei 9.807/1999 (Proteção às Testemunhas); Lei 11.343/2006 (Drogas), Lei 12.850/2013 (Organização Criminosa) - entra em uma fase de frequentes ataques na mesma proporção das defesas apaixonadas. Há de se convir que não é tarefa das mais fáceis compreender que, em nosso ordenamento jurídico, a traição pode matar, passar despercebida ou até ser homenageada.

Para uma corrente doutrinária, o que decidiram chamar de colaboração premiada na última lei acima referida, não passa de um incentivo por parte da administração pública ao **nefasto** gesto de trair, o que se mostra totalmente incompatível com os Princípios Gerais do Direito. A lei deve possuir conteúdo didático e apresentar princípios cívicos decentes, e não ensinar que o cafajestismo pode ser vantajoso. Se o crime não compensa, a delação não pode recompensar. Além do mais, de todos os integrantes que compõem o grupo de delinquentes, o pior deles é, sem dúvida alguma, aquele que entrega os comparsas à justiça para aliviar a sua própria pele. Trata-se de torpeza repudiada até para quem se aventura às ações delituosas, não havendo espaço para traidores nem mesmo nas penitenciárias onde

estão agregados os piores malfeitores. É o estranho, porém notório, código moral do mundo do crime. Vale lembrar o que ocorreu com o mafioso Tommaso Buscetta, que teve dez de seus familiares assassinados em represália ao auxílio prestado à justiça italiana.

Em contrapartida, há quem procure justificar a atitude do traidor com base no finalismo aristotélico, pois se o fim é bom, ou seja, viabilizar o desmantelamento de uma organização criminosa e a cessação de suas atividades com a aplicação de pena aos seus membros, então o meio da delação também o será. Se para o Direito nem a vida tem caráter absoluto, por que o sigilo o teria? Ainda mais quando o evento envolve criminosos... Para esses juristas, o sacrifício da organização, mesmo por intermédio de uma prática execrável, estaria a serviço do bem comum. Advertem que determinados grupos dedicados às atividades ilícitas, que se desenvolvem com requinte empresarial, se não ruírem por dentro, jamais poderão ser detidos por intermédio de práticas repressivas ordinárias. Usam como ilustração a tradição norte-americana de, inclusive, pagar somas em dinheiro ao colaborador por suas preciosas informações. É o modelo de justiça criminal que vem dos remotos tempos da Marcha para o Oeste, quando o governo do Estado Unidos se viu obrigado a delegar aos condados a tarefa de instituírem a sua própria estrutura punitiva para os crimes locais. Daí veio o *Wanted Dead Or Live* que, de forma mais civilizada, perdura até hoje.

Difícil se chegar a alguma conclusão quando dois argumentos contrapostos estão repletos de razão. Ocorre que para efeito de valoração do ato de denunciar, nenhum deles mostra-se útil. Isso se deve ao fato de não atentarem para o ponto central, ou seja, o que motivou o indivíduo a revelar toda a trama delituosa e a identidade dos concorrentes. Se decide fazer *mea culpa* pela consciência de ter agido em desacordo com os interesses da coletividade à qual pertence, imbuído da intenção de reparar o dano e amenizar a dor moral que o afeta, a sua responsabilidade não desaparece, mas a mudança de postura justifica a atenuação das reprimendas. Se a lei chamará as benesses aplicáveis de prêmio, a opção semântica não escapa da lógica em nosso ordenamento jurídico de flexibilizar a resposta penal em decorrência do arrependimento posterior. Tal medida há muito tempo é disciplinada nos arts. 16 e 65 do Código Penal, entre outros de caráter excepcional, como ocorre, por exemplo, nos casos de estelionato mediante cheque sem fundo, quando o agente efetua o pagamento da dívida antes do recebimento da denúncia (Súmula 554 do STF).

Entretanto, há casos em que o agente utiliza o instituto da colaboração premiada para se vingar de seus inimigos, imputando-lhes algumas verdades embrulhadas a um punhado de mentiras, que, muitas vezes, nenhuma relação tem com o objeto da investigação. E assim, atingem não apenas a honra objetiva e subjetiva da vítima da infâmia, mas também a própria administração pública, em especial, administração da justiça, fazendo-o incidir no crime de denúncia caluniosa (art. 339 do CP).

Outrossim, considerando que estamos discorrendo sobre um grave problema enfrentado no Brasil, o que não falta é exemplo pitoresco sobre qualquer tema de natureza jurídica. Já houve, diga-se de passagem, quem se valesse da delação para ganhar muito dinheiro, não como contrapartida do Estado pelas informações prestadas, mas sim de forma indireta, pela qual o indivíduo se beneficia da previsível instabilidade gerada ao mercado financeiro, capaz de favorecer práticas especulativas de toda ordem. Casos como esse, em que o traidor da organização criminosa engana a nação inteira com a sua delação é que provoca a reflexão sobre o lugar onde Dante o colocaria em seu imaginário, ou se nele não haveria espaço para aqueles que traem a própria natureza humana no que diz respeito à capacidade de ser justo e dotado de um mínimo de vergonha.

EM BUSCA DA MÁXIMA EFETIVIDADE CONSTITUCIONAL: A NATUREZA JURÍDICA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS SOBRE DIREITOS HUMANOS FRENTE AOS PARÁGRAFOS 2º E 3º DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

BRUNO BETTI COSTA: Especialista em Direito Administrativo, Advogado atuante na área e Professor de Direito Administrativo e Constitucional em universidades, bem como em cursos preparatórios para OAB e Concursos.

RESUMO: O presente artigo tem o objetivo de analisar se a decisão do Supremo Tribunal Federal, no RE nº 466.343 se encontra em conformidade com o ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, necessário se faz uma reconstrução do conceito de direitos fundamentais na doutrina constitucional contemporânea. Em outras palavras, importante é perceber como os fundamentais se desenvolveram nos Estados Liberal, Social e Democrático de Direito. Os tratados internacionais também serão alvo de análise, de modo específico as teses que definem a hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos. Ou seja, dependendo do status adotado no ordenamento interno para tais diplomas, a atuação estatal poderá ou não buscar a máxima efetividade constitucional, uma vez que estão no centro daqueles tratados os direitos fundamentais. Para que se alcance uma máxima efetividade constitucional, precípuo a tese que professa a natureza constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, a qual o texto se filia. Necessário também será perceber as repercussões que os tratados internacionais trazem para o ordenamento jurídico pátrio.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Direitos Humanos. Tratados Internacionais. Máxima Efetividade Constitucional. Estado Democrático de Direito. Recurso Extraordinário nº 466.343

SUMÁRIO: 1 Introdução . 2 Direitos Humanos e Direitos Fundamentais: diferenças entre estes conceitos.. 2.1 Nova concepção dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito . 3 Tratados Internacionais: uma análise acerca do instituto . 3.1 Legitimidade para a celebração de um Tratado Internacional . 3.2 Classificações dos Tratados Internacionais . 3.3 O Processo de formação dos tratados internacionais no ordenamento jurídico brasileiro. 3.4 Tratados e Reservas. 3.5

Interpretação de tratados autenticados em duas ou mais línguas. 3.6 Nulidade, extinção e suspensão de aplicação de tratados. 4 Tratados Internacionais de direitos humanos e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: uma reconstrução histórica e análise da hierarquia normativa desse instrumento normativo. 5 Tratados Internacionais de Direitos Humanos e o art.5º, § 1º da CR/88. 6 Alienação fiduciária em garantia: uma breve análise sobre o instituto. 7 A repercussão dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro. 8 Vedação ao retrocesso: conflito entre o § 2º e o § 3º, do Art. 5º, da Constituição da República de 1988. 9 Considerações Finais. Referências.

1) Introdução

Atualmente, em um Estado que se pretende Democrático de Direito, é imprescindível que os direitos fundamentais sejam o centro da atuação do Estado, de forma que haja sempre a busca pela máxima efetividade de tais direitos. Toda vez que a atuação do Poder Público se pautar pela efetivação e ampliação dos direitos fundamentais, legítima será esta atuação.

Neste contexto, os direitos fundamentais têm o objetivo de garantir o gozo da autonomia privada e pública do cidadão, desempenhando função além da de limitador do poder estatal e concretizador dos direitos que a sociedade anseia.

Para que isso ocorra, deve-se ter em mente, dentre outras situações, a importância dos tratados internacionais de direitos humanos celebrados pelo país, de modo que, dependendo da forma como tais diplomas sejam recebidos no ordenamento interno, a atuação estatal poderá ou não buscar a máxima efetividade constitucional, uma vez que estão no centro daqueles tratados os direitos fundamentais.

Nesse diapasão, é que o presente estudo ganha importância, no sentido de que defende a hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos. Para demonstrar que o posicionamento aqui defendido é o mais adequado, o trabalho irá passar pela nova concepção dos direitos fundamentais consagrada pela doutrina constitucional contemporânea. Também, não poderia ser diferente, será alvo de análise o instituto jurídico dos tratados internacionais,

passando pelo estudo das teses que professam a hierarquias dos tratados de direitos humanos, até chegar às repercussões dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico pátrio. Ao final, será feita uma breve análise da constitucionalidade do § 3º do art. 5º da Constituição da República.

2) Direitos Humanos e Direitos Fundamentais: diferenças entre estes conceitos

Os termos Direitos Humanos e Direitos Fundamentais, atualmente, são tidos, muitas vezes, como sinônimos. A doutrina constitucional clássica dá ênfase na ideia de reservar ao termo Direito Fundamental como o direito positivado na esfera nacional, isto é, são os assegurados constitucionalmente aos nacionais. Por sua vez, reservam para os direitos humanos o conceito de direitos naturais positivados em declarações e convenções internacionais. (LUÑO, 1998, p.44).

Antônio Perez Luño vai além da diferença acima citada. Para o jurista ibérico “derechos humanos aparecen como un concepto de contornos más amplios e imprecisos que la noción de los derechos fundamentales” (LUÑO, 1998, p.46). Assim, referido autor considera que os direitos humanos são instituições que, de acordo com cada momento histórico, concretizam as exigências de dignidade, liberdade e igualdade humanas, que devem ser assegurados positivamente tanto em plano nacional, quanto internacional. Por sua vez, ao dizer sobre os direitos fundamentais firmou posição de que “los derechos fundamentales se tiende a aludir a aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que sullen gozar de una tutela reforzada”. (LUÑO, 1998, p.46).

Indo além da doutrina de que os direitos humanos são direitos naturais positivados em textos internacionais, Luño (1998) estende ao conceito daqueles direitos “exigencias más radicalmente vinculadas al sistema de necesidades humanas, y que debiendo ser objeto de positivación no lo han sido” (1998, p.46). Ainda, em relação aos direitos fundamentais, o doutrinador espanhol entende que estes direitos têm um sentido mais preciso e restrito, uma vez que são direitos e garantias assegurados pelo direito positivo de cada Estado. Dessa forma, conclui dizendo que se trata de “derechos delimitados espacial y temporalmente, cuya denominación responde a su carácter básico o fundamentador del sistema jurídico político del Estado de Derecho” (LUÑO, 1998, p.47).

Outra distinção importante entre os Direitos Humanos e Direitos Fundamentais é a trazida por Sarlet (2006) no tocante ao grau de aplicabilidade desses direitos. Consoante o ilustre jurista

Importa considerar a relevante distinção quanto ao grau de efetiva aplicação e proteção das normas consagradoras dos direitos fundamentais (direito interno) e dos direitos humanos (direito internacional), sendo desnecessário aprofundar, aqui, a idéia de que são os primeiros que – ao menos em regra – atingem (ou, pelo menos, estão em melhores condições para isto) o maior grau de efetivação, particularmente em face da existência de instâncias (especialmente as judiciárias) dotadas do poder de fazer respeitar e realizar estes direitos, especialmente em se tratando de efetivos Estados democrático de Direito (SARLET, 2006, p.66)

Nesse contexto de eficácia dos direitos humanos e fundamentais, importante será a análise da recepção que os tratados internacionais de direitos humanos irão ser recebidos na ordem jurídica interna. Sem adentrar especificamente no tema proposto, o que será feito em momento oportuno, necessário firmar posição no sentido de que o status constitucional é o mais adequado para que haja uma efetividade maior dos direitos humanos no ordenamento jurídico pátrio.

O presente texto, ao trazer, principalmente, as explicações de Antônio Luño (1998), quer expressar que as diferenças entre direitos humanos e direitos fundamentais vão além da clássica doutrina de que aqueles são os direitos naturais positivados em tratados e convenções internacionais e estes são os direitos humanos positivados no texto constitucional. Contudo, para análise do objeto a que se propõe o presente estudo, pode-se entender pela diferença entre ambos os conceitos, tendo por base a doutrina constitucional clássica, reconhecendo que os termos direitos humanos e direitos fundamentais não são excludentes ou incompatíveis, mas, ao contrário, possuem dimensões íntimas e cada vez mais interrelacionadas.

2.1) Nova concepção dos Direitos Fundamentais no Estado Democrático de Direito

O século XVII trouxe para a humanidade uma séria de importantes mudanças, exteriorizadas, especialmente, nas revoluções burguesas, pelas quais o homem passou a ser o centro de referência para suas próprias ações. Se antes o ser humano se voltava para a natureza para esclarecer e revolver seus questionamentos, após as revoluções burguesas o homem viu em si o centro e o responsável pela sua própria vida.

É no contexto das revoluções burguesas, sendo as Revoluções Francesa e Americana os seus expoentes, em que há o reconhecimento dos direitos fundamentais, considerado como um dos saldos destas revoluções. Estes entendidos como um meio de condicionar o exercício do poder do Estado. Nesse diapasão, importante são as palavras de Cruz e Gomes (2009)

[...] o movimento constitucionalista, a declaração universal de direitos dos homens, a separação de poderes e a estruturação do Estado de Direito, os quais, em seu conjunto, foram instrumentos pensados para servirem de anteparo à atuação estatal, criando espaços nos quais a autonomia privada do indivíduo pudesse se fazer plena, pois era justamente ali que ele teria a liberdade de se autodeterminar e de definir o projeto de vida que lhe faria feliz (p.67)

Dessa forma, os direitos fundamentais eram necessários para a nova concepção que surgia entre indivíduo e Estado. A doutrina constitucional classifica os direitos fundamentais nesse contexto como direitos fundamentais de primeira dimensão, ou seja, direitos negativos que objetivavam estabelecer uma esfera de autonomia pessoal. Nas palavras de Gilmar Mendes (2008) “esses direitos traduzem-se em postulados de abstenção dos governantes, criando obrigações de não fazer, de não intervir sobre aspectos da vida pessoal de cada indivíduo” (p.233). Surgia, portanto, o Estado Liberal de Direitos. Os direitos de primeira dimensão estão relacionados às liberdades individuais, tais como as liberdades de culto e à inviolabilidade de domicílio. Do estudo desses direitos, percebe-se que não havia uma preocupação com as desigualdades sociais. Analisava-se apenas o homem numa esfera formal, sem enxergar o meio em que ele se encontra.

Destarte, a ideologia burguesa que à época dominava culminou em uma exploração do ser humano. Importante são as lições trazidas por Cruz e Gomes (2009)

A defesa de uma igualdade meramente formal e de uma concepção negativa de direitos fundamentais, aliada a uma excessiva crença na capacidade do mercado de regular a vida social, acabou por permitir que essa distorção se fizesse presente. Más condições de trabalhos, exploração, inexistência de direitos sociais e econômicos, crescimento vertiginoso de excluídos, acontecimento de duas guerras mundiais e o nascimento e fortalecimento do comunismo, tudo isso demonstrou a falência do projeto burguês e a necessidade de sua revisão (p.67)

Portanto, o agravamento das disparidades dentro da sociedade gerou novas reivindicações, impondo uma mudança na atuação estatal, passando de um Estado absenteísta para um Estado ativo na realização da justiça social. De acordo com Mendes (2008) “uma nova compreensão do relacionamento Estado/sociedade levou os Poderes Públicos a assumir o dever de operar para que a sociedade lograsse superar as suas angústias estruturais” (p.233). Surge, portanto, a ideia do Estado Social de Direito.

Nessa nova visão de Estado há uma mudança sensível no entendimento de direitos fundamentais. Para Cruz e Gomes (2009) “os direitos fundamentais, antes vistos como anteparos à atuação estatal, não mais se satisfazem com uma atuação meramente negativa, exigindo, contudo, prestações positivas para os cidadãos” (p.68). Agora, pelo que se pode concluir pelos estudos dos direitos de segunda dimensão, o Estado se preocupa em corrigir as distorções que o modelo liberal propiciou e mais, o Estado Social se preocupa em materializar a ideia de igualdade, enxergando o indivíduo no espaço em que ele se encontra. Os direitos de segunda dimensão dizem respeito à assistência social, educação, alimentação, moradia e saúde. A estes direitos dá-se o nome de Direitos Sociais.

Inegável a contribuição do Estado Social para o homem, ao buscar corrigir as distorções que o Estado Liberal propiciou. Por outro lado, a postura ativa e

intervencionista assumida pelo novo Estado foi elemento supressor da autonomia dos indivíduos.

Dessa forma, faz-se precípua uma nova discussão da relação entre Estado e indivíduo/sociedade. O que se quer é propiciar ao cidadão o exercício de sua autonomia pública, ao passo que ele se veja como ser condutor da sociedade, que se veja no processo de formação da mesma, interferindo na condução da coisa pública e, ao mesmo tempo, tenha respeitada a sua autonomia privada. [1] Lúcidas são as palavras de Cruz e Gomes (2009)

Nesse aspecto, surge a necessidade de uma (re)significação dos direitos fundamentais, entendendo-os como hábeis a viabilizarem e legitimarem esse projeto. É justamente por este motivo que tais direitos não se resumem, mais, a apenas a defesa de uma autonomia privada ou mesmo pública dos indivíduos. É preciso mais: deve-se ter em mente, agora, a necessidade do respeito simultâneo à autonomia pública e privada, pois, somente assim é que se terão as condições necessárias à emancipação humana (p.69).

Nesse diapasão, somente em um Estado Democrático de Direito que tal problemática poderá começar a ser resolvida, uma vez que a pessoa não será vista como um cliente, conforme era entendida no Estado Social, mas passará a ser vista como um cidadão, dotado de autonomia para decidir e traçar seu caminho, consagrando a emancipação humana. Por isso, a nova leitura dos direitos fundamentais vai além da limitação do poder estatal e da concretização de direitos sociais. Neste contexto, os direitos fundamentais têm o objetivo de garantir o gozo da autonomia privada e pública do cidadão.

É neste momento que surgem os direitos de terceira dimensão, aqueles que têm como titulares uma coletividade, não conseguindo identificar de forma isolada quem são os seus detentores. Pode-se dar como exemplo desses novos direitos o direito à paz, ao meio-ambiente ecologicamente equilibrado, à conservação do patrimônio público.

Ademais, é importante entender a posição e o significado dos Direitos Fundamentais em um Estado Democrático de Direito. A doutrina constitucional contemporânea trata a Constituição, Estado de Direito e Direitos fundamentais como ideias essencialmente vinculadas, de forma que um depende necessariamente do outro. Isto é, a Constituição é condição de existência e fruição das liberdades fundamentais, de maneira que os Direitos Fundamentais somente produzirão eficácia em um Estado Constitucional de Direito. Ora, isto se dá, uma vez que a Constituição ordena uma ação juridicamente controlada e programada dos órgãos estatais. Neste cenário, pode-se afirmar que em um Estado de Direito, os Direitos Fundamentais deixam de ter papel apenas limitador do poder do Estado, mas, na verdade, assumem uma função de legitimador do poder estatal. Isto quer dizer que a atuação do Estado será legítima se for o centro dessa atuação os Direitos Fundamentais. Em outras palavras, se o Poder Público, em suas medidas, tomar decisões que visem efetivar os Direitos Fundamentais, respeitada estará a Constituição.

Sarlet (2010) leciona que “verifica-se que os direitos fundamentais podem ser considerados simultaneamente pressuposto, garantia e instrumento do princípio democrático da autodeterminação do povo”. Destarte, o direito de participação do indivíduo no processo político junto com a garantia do direito de igualdade é a base de um Estado Democrático. Afirma, ainda, que os Direitos Fundamentais são garantias das minorias contra possíveis abusos de poder praticados pelas majorias. Dessa forma, existiria entre Democracia e Direitos Fundamentais um vínculo de interdependência e reciprocidade.

Ademais, segundo Flávia Piovesan (2010) a Carta Constitucional de 1988 é o marco jurídico de transição ao regime democrático, de forma que houve amplo alargamento na proteção dos direitos e garantias fundamentais. Continua a ilustre jurista que a Carta Magna, desde seu preâmbulo^[2], deixou claro que o Brasil seria um Estado Democrático de Direito, visando assegurar os direitos fundamentais.

3) Tratados Internacionais: uma análise sobre acerca do instituto

3.1) Legitimidade para a celebração de um Tratado Internacional

A Convenção de Viena de 1969 é a chamada Lei dos Tratados, e objetivou dar disciplina e regulamento ao processo de criação dos tratados internacionais.

Todavia, tal Convenção não objetivou regulamentar a celebração de tratados entre Pessoas Jurídicas de Direito Privado, tidas como sujeitos de Direito Internacional e entre estas e um Estado. Na verdade, a Convenção de Viena regulamentou o processo de formação de tratados internacionais que fossem celebrados entre Estados.^[3]

Consoante as Lições de Accioly (2002, p.28) “por tratado entende-se o ato jurídico por meio do qual se manifesta o acordo de vontades entre duas ou mais pessoas internacionais”.

Consoante o artigo 6º da Convenção de Viena, todo Estado tem capacidade para celebrar tratados, dessa forma, pode-se dizer que os tratados firmados somente vinculam aqueles Estados que dele façam parte, não vinculando Estados que não concluíram o tratado. Nesse sentido, leciona Piovesan (2010): “Os tratados não podem criar obrigações para os Estados que neles não consentiram [...]” Importante salientar que, ao firmar um tratado, o Estado não pode invocar normas do seu direito interno para se eximir do cumprimento de regras estabelecidas no diploma internacional.^[4]

3.2) Classificações dos Tratados Internacionais

Os tratados internacionais podem ser classificados de diversas formas. Pode-se trazer uma primeira classificação em relação ao número de partes contratantes. Dessa forma, os tratados podem ser classificados em bilaterais, quando é celebrado por duas partes, ou multilaterais, quando há mais de duas partes contratantes.

Classificação interessante é aquela feita levando em consideração a natureza jurídica dos tratados. Para essa classificação, pode-se encontrar tratados-contratos, tratados-leis e tratados-normativos.

Por tratados-contratos entendem-se aqueles que visam “regular interesses recíprocos dos Estados [...]” (ACCIOLY, 2002, p.30). Por sua vez, os tratados- leis são aqueles celebrados por diversos Estados com o intuito de fixar as regras de Direito Internacional. Por fim, os tratados – contratos se dividem em executados ou executórios. Estes, também chamados de permanentes ou de efeitos sucessivos, “são os que prevêm atos a serem executados regularmente, toda vez que se apresentem as condições necessárias, como nos tratados de comércio e nos de

extradição” (ACCIOLY, 2002, p.30). Por sua vez, aqueles, denominados também de transitórios ou de efeitos limitados, “são os que devem ser logo executados e que, levados a efeito, dispõem sobre a matéria permanentemente, uma vez por todas, como ocorre nos tratados de cessão ou de permuta de territórios” (ACCIOLY, 2002, p.30).

Os tratados internacionais também podem ser classificados quanto ao procedimento. Quanto a esta classificação os tratados podem ser classificados quanto ao número de fases necessárias para sua conclusão, quando for

[...] possível detectar duas fases de expressão do consentimento das partes, este entendido como pronunciativo na primeira, a da assinatura, e como definitivo na segunda, a da ratificação, ou se num quadro unifásico, o consentimento definitivo se exprime à assinatura, desde logo criadas as condições para a vigência do tratado (p.25 e 26).

Outra classificação, essa mais adequada ao objeto do estudo do presente texto, é a classificação que divide os tratados internacionais em tratados de direitos humanos e tratados de matérias ordinárias. Para que fique clara a diferença de classificação, importantes são as palavras de Piovesan (2010), ao firmar posição no sentido de que

enquanto estes buscam o equilíbrio e a reciprocidade de relações entre os Estados-partes, aqueles transcendem os meros compromissos recíprocos entre os Estados pactuantes. Os tratados de direitos humanos objetivam a salvaguarda dos direitos do ser humano, e não das prerrogativas dos Estados. (p.117)

3.3) O Processo de formação dos tratados internacionais no ordenamento jurídico brasileiro

O artigo 7º da Convenção de Viena de 1969 afirma quem tem plenos poderes para a adoção ou autenticação do texto de um tratado ou para expressar o consentimento do Estado em obrigar-se por um tratado. O dispositivo supracitado

enumera que uma pessoa pode ser parte legítima para celebrar tratados em nome de um Estado, conquanto apresente plenos poderes apropriados ou que as circunstâncias demonstrem que era da vontade do Estado considerar aquela pessoa como sua representante^[5]. Ainda, podem ser considerados legitimados a celebrar tratados, sendo, estes, independentes de demonstração de plenos poderes, os Chefes de Estado e os de Governo e os Ministros das Relações Exteriores; os chefes de missão diplomática e os representantes do Estado em uma conferência ou organização internacional.^[6]

Após a análise de quem pode representar o Poder Executivo, deve-se ter em mente que “a assinatura do tratado, por si só, traduz um aceite precário e provisório, não irradiando efeitos jurídicos vinculantes” (PIOVESAN, 2010, p.99). A partir da assinatura do tratado pelo Poder Executivo, a fase posterior é a sua análise e aprovação pelo Poder Legislativo, por meio de um decreto legislativo. Ambas as competências estão traçadas pela legislação brasileira, mais precisamente, pela Constituição da República. Consoante o art. 84, VIII, CR/88, compete privativamente ao Presidente da República celebrar tratados, convenções e atos internacionais. Ademais, o mesmo dispositivo constitucional exige que haja um referendo do Congresso Nacional. Destarte, o art. 49, I, CR/88, legisla que é da competência exclusiva do Congresso Nacional resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.

Dessa forma, há o que a doutrina administrativa denomina de um ato administrativo complexo, isto é, para que o ato produza seus efeitos faz-se necessária a manifestação de vontade de dois órgãos distintos. (DI PIETRO, 2012, p.230). Nesse caso, há manifestação de vontade do Poder Executivo e do Poder Legislativo. Pode-se afirmar, ainda, que o texto constitucional consagra também a colaboração entre os referidos Poderes, de forma a evitar que haja uma concentração de poderes no Executivo para celebrar tratados.

Após a aprovação do tratado no âmbito do Poder Legislativo, a fase posterior é a ratificação pelo Poder Executivo. Nas palavras de Piovesan (2010): “a ratificação significa a subsequente confirmação formal por um Estado de que está obrigado ao tratado. Significa, pois, o aceite definitivo, pelo qual o Estado se obriga pelo tratado no plano internacional”. Após a ratificação, o tratado obriga as partes e devem ser cumpridos de boa-fé, de acordo com o art. 26 da Convenção de Viena de 1969.

Para Accioly, o que realmente faz um tratado entrar em vigor não é propriamente a ratificação. Consoante o ilustre jurista “o que o torna perfeito e acabado é a troca de tal instrumento contra outro idêntico, da outra parte contratante, ou o seu depósito no lugar para isto indicado no próprio tratado” (2002, p.36).

Importante dizer que apenas os países que celebraram o Tratado é que podem ratificá-lo. No caso de países que desejarem, posteriormente, ser parte nele, devem usar do recurso da adesão ou aceitação.

Após ratificado o tratado deve ser promulgado e publicado. Ora, por promulgação entende Accioly (2002) que é “o ato jurídico, de natureza interna, pelo qual o governo de um Estado afirma ou atesta a existência de um tratado por ele celebrado e o preenchimento das formalidades exigidas para sua conclusão” (p.38). No ordenamento pátrio, a promulgação é realizada pelo Presidente da República por meio de decreto. Por sua vez, a publicação é dar publicidade ao tratado celebrado pelo país. Nas palavras de Celso D. Albuquerque Mello (2007) “a publicação é condição essencial para o tratado ser aplicado no âmbito interno” (p.241). Na verdade, o que é publicado é o decreto legislativo, no qual o Congresso Nacional o aprova, e o decreto, no qual o Presidente da República o promulga.

3.4) Tratados e Reservas^[7]

Instituto específico do Direito Internacional são as chamadas Reservas. Estas são, nos termos da Convenção analisada,

uma declaração unilateral, qualquer que seja a sua redação ou denominação, feita por um Estado ao assinar, ratificar, aceitar ou aprovar um tratado, ou a ele aderir, com o objetivo de excluir ou modificar o efeito jurídico de certas disposições do tratado em sua aplicação a esse Estado.

Em outras palavras, a reserva é a possibilidade de um Estado aderir ao tratado internacional, excetuando determinados pontos contidos no diploma internacional, os quais aquele Estado se desobriga de cumprir. Entretanto, conforme o artigo 19 da própria Convenção de Viena, a reserva poderá não ser formulada quando o

próprio tratado proibir qualquer tipo de reserva ou alguma específica e quando a reserva for incompatível com o objeto e a finalidade do tratado.

Interessante salientar que o processo relativo a uma reserva deve ser feito por escrito e comunicado aos Estados que celebram o tratado e aos outros Estados que possam vir a se tornar parte nele. A reserva, ainda, deve ser confirmada pelo Estado que a formulou, quando este consentir em obrigar-se pelo tratado, caso que a reserva será tida como feita na data de sua confirmação.

3.5) Interpretação de tratados autenticados em duas ou mais línguas

Em virtude de inúmeros países celebrarem tratados internacionais, é comum que haja a autenticação em línguas diversas. Sabe-se que, muitas das vezes, não há uma tradução exata que exprima ideia semelhante em outras línguas. Dessa forma, pode surgir problemas no momento da implementação do tratado, efetivando-se de uma forma em um Estado e de outra maneira em outro. Para que isto não ocorra, a Lei dos Tratados, em seu artigo 33, estabelece como deve ocorrer a interpretação do tratado autenticado em diversas línguas.

De acordo com o §1º do art. 33, ocorrendo a autenticação em duas ou mais línguas, o texto do tratado vale igualmente em cada delas, salvo se os Estados signatários concordem que, em caso de conflito, prevaleça um texto determinado.

O §3º do art. 33, ainda, afirma que se presume que os termos do tratado têm os mesmos sentidos nas diversas línguas autenticados. Por fim, o §4º do mesmo dispositivo legal, para findar com eventuais diferenças de interpretação, afirma que será adotada a interpretação que melhor leve em conta o objeto e a finalidade do tratado.

3.6) Nulidade, extinção e suspensão de aplicação de tratados

A Convenção de Viena de 1969 trata a matéria de nulidade, extinção e suspensão de aplicação dos tratados de forma extensa, encontrando estes temas nos artigos 42 a 72 da Convenção.

Entende-se por nulidade aquela em decorrência de corrupção do representante do Estado, erro, dolo, coação exercida sobre o referido representante e coação decorrente de ameaça ou emprego de força.

Consoante o art. 49 da Convenção, haverá dolo quando “um Estado foi levado a concluir um tratado pela conduta fraudulenta de outro Estado negociador [...]”. A corrupção do representante do Estado é, segundo o art. 50, “a manifestação do consentimento de um Estado em obrigar-se por um tratado foi obtida por meio da corrupção de seu representante, pela ação direta ou indireta de outro Estado negociador [...]”.

Por sua vez, a Lei dos tratados trata o erro do Estado como o “fato ou situação que esse Estado supunha existir no momento em que o tratado foi concluído e que constituía uma base essencial de seu consentimento em obrigar-se pelo tratado”. Ademais, o art. 51 apregoa que “não produzirá qualquer efeito jurídico a manifestação do consentimento de um Estado em obrigar-se por um tratado que tenha sido obtida pela coação de seu representante, por meio de atos ou ameaças dirigidas contra ele”.

Por fim, o art. 52 trata da coação de um Estado pela ameaça ou emprego da força, de forma que será “nulo um tratado cuja conclusão foi obtida pela ameaça ou o emprego da força em violação dos princípios de Direito Internacional incorporados na Carta das Nações Unidas”.

4) Tratados Internacionais de direitos humanos e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: uma reconstrução histórica

Após a reconstrução dos direitos fundamentais, passando do seu reconhecimento, no Estado Liberal, ao entendimento da moderna doutrina constitucional, no Estado Democrático, e após o estudo sobre os tratados internacionais, propício está o momento para analisar a hierarquia dos tratados internacionais, principalmente, os de direitos humanos frente à jurisprudência do STF ao longo do tempo.

Não é nova a discussão na doutrina brasileira acerca do status a ser conferido aos tratados internacionais. Assim também é na jurisprudência da Corte Constitucional brasileira.

Análise dos tratados internacionais sobre o prisma de qual hierarquia eles adentram no ordenamento jurídico brasileiro há muito é discutida no âmbito do Supremo Tribunal Federal, remontando à década de 1970.

Quanto a este ponto, são quatro as possibilidades do status que os tratados internacionais podem ser recebidos no ordenamento jurídico brasileiro, quais sejam a) a tese da hierarquia supraconstitucional; b) a doutrina do status constitucional; c) a tese da hierarquia supralegal; e d) a doutrina do status de lei ordinária, isto é, a paridade entre as normas interna e internacional.

À época da década de 1970, por meio do julgamento do RE nº 80.004/SE, o relator, o Ministro Xavier Albuquerque, votou no sentido do primado dos tratados internacionais em relação às leis internas do país. Dessa forma, o Ministro Relator optou pela supraconstitucionalidade dos tratados internacionais. Contudo, a maioria dos ministros da Corte, após voto do Ministro Cunha Peixoto, posicionou-se de forma diversa da relatoria, firmando posição no sentido de os tratados internacionais, sejam eles ordinários ou de direitos humanos, teriam o mesmo status das leis internas do país. Ou seja, qualquer conflito entre normas internacionais e internas deve ser resolvido pela regra de *lex posterior derogat legi priori*.

O RE nº 80.004/SE tratava sobre a Convenção de Genebra, a Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias.

A partir dessa decisão o STF foi alvo de inúmeras críticas^[8] pela doutrina que entendia errada a posição dos Ministros em relação ao tema, principalmente após o advento da Constituição da República de 1988. Parte da doutrina, como Mazzuoli, a qual este trabalho se filia, defendia que os tratados internacionais de direitos humanos deveriam ser recebidos pela Constituição com status constitucional, em virtude do art. 5º § 2º, que consagra que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais em que o Brasil seja signatário. Por sua vez, os tratados internacionais sobre matérias ordinárias deveriam ser recebido de forma infraconstitucional. Em outros termos, a hierarquia constitucional somente seria assegurada aos tratados que versassem sobre direitos humanos, tendo um tratamento diferenciado aos tratados ordinários, os quais possuiriam status infraconstitucional^[9]. Não faria sentido que tratados que versassem, por exemplo, sobre assuntos comerciais e tributários sejam alçados ao mesmo nível de tratados que tratem sobre a vida, a liberdade e a igualdade do ser humano.

A discussão sobre a hierarquia dos tratados internacionais voltou ao cenário jurídico nacional após o país ter assinado a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, o chamado Pacto de San José da Costa Rica. Este tratado trazia a impossibilidade da prisão civil por dívidas, excepcionando, apenas, o devedor de alimentos, conforme o art. 7º, número 7^[10], da Convenção. Por sua vez, a Carta Constitucional brasileira prevê, em seu art. 5º, LXVII, que não há a prisão civil por dívidas, de modo que excepciona, além da prisão do devedor de alimento, a prisão do depositário infiel. Dessa forma, a doutrina discutia se o Pacto de San José da Costa Rica revogou a norma constitucional e, para que pudesse chegar à solução do problema, necessário fazia a releitura da hierarquia dos tratados internacionais, principalmente, os de direitos humanos. Esta discussão ganhou mais relevância quando a Emenda Constitucional nº 45/04 acrescentou ao art. 5º, o § 3º que firma posição no sentido de que somente teria status de emenda constitucional os tratados que passassem pelo quórum de uma emenda.

Novamente, o tema voltou às portas do Supremo Tribunal Federal, por meio do RE nº 466.343, de relatoria do Ministro Cezar Peluso, no qual a maioria dos ministros firmou posição no sentido de reconhecer aos tratados internacionais de direitos humanos um regime jurídico especial e diferenciado (caráter suprallegal), distinto ao regime aplicado aos tratados tradicionais.

O RE nº 466.343 analisou a possibilidade de prisão do devedor fiduciante na alienação fiduciária em garantia. O Supremo Tribunal Federal entendeu pela impossibilidade de haver a prisão nesse caso, uma vez que o legislador infraconstitucional não teria competência para ampliar o conceito de depositário infiel.

Como dito anteriormente, o que motivou a volta do tema à apreciação do STF foi o Brasil ter assinado a Convenção Interamericana de Direitos Humanos que consagrava a vedação da prisão civil por dívidas, excepcionando apenas o devedor de alimentos, ao passo que a Constituição também vedava a prisão civil por dívidas, contudo, excepcionava também o depositário infiel.

4.1) Análise das teses acerca da hierarquia-normativa dos tratados internacionais de direitos humanos

Como visto no tópico anterior, a discussão sobre o status a ser dado aos tratados internacionais de direitos humanos não é nova no ordenamento jurídico brasileiro. Nos últimos anos, esse debate ganhou força nova na doutrina e jurisprudência pátria em virtude do Brasil ter assinado a Convenção Interamericana de Direitos Humanos que consagrava a vedação da prisão civil por dívidas, excetuando, tão somente, a prisão do devedor de alimentos. De forma diversa, a Constituição excetuava também a prisão do depositário infiel.

Nesse diapasão, diferente não poderia ser, o Supremo Tribunal Federal foi chamado novamente a discutir a matéria.

É certo que qualquer discussão nesse âmbito pressupõe o exame da relação hierárquico-normativa entre os tratados internacionais e a Constituição.

É neste contexto que serão estudadas, como visto anteriormente, as teses de como os tratados internacionais de direitos humanos são recebidos pela ordem brasileira, quais sejam: a) a tese de supraconstitucionalidade; b) a tese de constitucionalidade; c) a tese de suprallegalidade; e d) a tese de lei ordinária.

A primeira corrente professa a prevalência dos tratados internacionais de direitos humanos em relação às normas constitucionais. Em outras palavras isto quer dizer que nem mesmo Emenda à Constituição teria força para suprimir norma prevista em tratado internacional. Contudo, defender tal vertente doutrinária não seria viável, haja vista que o ordenamento jurídico brasileiro está baseado na supremacia da constituição, que possibilita a máxima eficácia das normas constitucionais. Defender a vertente da supraconstitucionalidade seria abdicar da máxima eficácia constitucional. Ademais, a própria Constituição da República de 1988 deixou claro que os tratados internacionais não serão superiores a ela, uma vez que ela autoriza o controle de constitucionalidade de tratados, nos termos do art. 102, III, b.

A segunda corrente elencada, a da constitucionalidade dos tratados, pelo qual os tratados de direitos humanos estariam no mesmo nível hierárquico da constituição. A esta corrente, maiores detalhes serão trabalhados adiante.

A Carta Constitucional pátria prescreve em seu art. 5º, § 2º que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes de tratados

que o Brasil seja signatário. Ora, perceba que ao firmar posição neste sentido, o texto constitucional está incluindo no seu rol de direitos, os direitos previstos nos diplomas internacionais. Há, na verdade, uma incorporação de tais direitos pela Constituição. Nesse sentido, diferente não poderia ser o pensamento da professora Flávia Piovesan (2010)

Ora, ao prescrever que ‘os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros direitos decorrentes dos tratados internacionais’, *a contrario sensu*, a Carta de 1988 está a incluir, no catálogo de direitos constitucionalmente protegidos os direitos enunciados nos tratados internacionais em que o Brasil seja parte. Esse processo de inclusão implica a incorporação pelo Texto Constitucional de tais direitos (p.104).

Nesse mesmo sentido, são as palavras de Mazzuoli (2001)

se a própria Constituição estabelece que os direitos e garantias nela elencados podem ser complementados por outros provenientes de tratados, não se poderia pretender que esses outros direitos e garantias tivessem um grau hierárquico diferente do das normas constitucionais (p.11)

Dessa forma, a Constituição confere aos tratados de direitos humanos uma natureza diferenciada, isto é, equipara tais diplomas às normas constitucionais.

Outro fator decisivo para entender como mais correta esse posicionamento é a natureza materialmente constitucional dos direitos fundamentais e o chamado bloco de constitucionalidade[11]. Ora, não é possível outro entendimento quando da interpretação do disposto no art. 5º, § 2º da Carta. Esta determina que o “conteúdo constitucional dos direitos constantes dos tratados internacionais dos quais o Brasil é parte” (PIOVESAN, 2009, p.107). Em outras palavras, a Constituição de 1988 confere valor jurídico constitucional a esses direitos, de forma que irão ser incluídos no rol de direitos fundamentais, ou seja, farão parte do chamado bloco de constitucionalidade.

Importante são as palavras de Mazzuoli (2001)

ora, se a Constituição estabelece que os direitos e garantias nela elencados ‘não excluem’ outros provenientes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (art.5º, § 2º), é porque está ela própria a autorizar que esses direitos e garantias internacionais constantes dos tratados pelo Brasil ratificados ‘se incluem’ no nosso ordenamento jurídico interno, passando a ser considerados como se escritos na constituição estivessem. Se os direitos e garantias expressos no texto constitucional ‘não excluem’ outros provenientes dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte, é porque, pela lógica, eles ‘os incluem’ (p.13)

Diante dos argumentos trazidos, outro não poderia ser o posicionamento de Sarlet (2006) ao afirmar que

Verifica-se que a tese de equiparação (por força do disposto no art.5º, § 2º, da CF) entre os direitos fundamentais localizados em tratados internacionais e os com sede na Constituição formal é a que mais se harmoniza com a especial dignidade jurídica e axiológica dos direitos fundamentais na ordem jurídica interna e internacional, constituindo, ademais, pressuposto indispensável à construção e consolidação de um autêntico direito constitucional internacional dos direitos humanos, resultado da interpenetração cada vez maior entre os direitos fundamentais constitucionais e os direitos humanos dos instrumentos jurídicos internacionais (p.75).

Destarte, há de se concluir que a regra positivada no art. 5º, § 2º é uma cláusula constitucional aberta.

A interpretação de integrar os tratados como normas constitucionais está extremamente de acordo com o princípio da máxima efetividade da constituição. Isto é, às normas constitucionais deve ser dado o entendimento que lhe propiciem a maior eficácia, aumentando o seu alcance. Nas sábias palavras do professor Jorge Miranda (1991) “a uma norma fundamental tem de ser atribuído o sentido que mais

eficácia lhe dê; a cada norma constitucional é preciso conferir, ligada a todas as outras normas, o máximo de capacidade de regulamentação [...]" (p.260). Piovesan (2010) firma posição que "a nenhuma norma constitucional se pode dar interpretação que lhe retire ou diminua a razão de ser" (p.111).

Para esta corrente doutrinária, eventuais conflitos entre a norma internacional de direitos humanos e a constituição deveriam ser sanados pela aplicação da norma mais favorável ao titular do direito, o que será detalhado em tópico próprio.

Importante salientar que a junção da hierarquia constitucional aos tratados de direitos humanos mais a aplicação da norma mais favorável "é a interpretação que se situa em absoluta consonância com a ordem constitucional de 1988, bem como com sua racionalidade e principiologia" (PIOVESAN, 2010, p.116).

Em 8 de dezembro de 2004, foi publicada a Emenda Constitucional nº 45, que introduziu no art. 5º, o § 3º, dispondo que os tratados internacionais de direitos humanos que forem aprovados segundo o processo legislativo de criação de uma emenda constitucional, isto é, em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos de seus membros, serão a elas equivalentes. Após a inclusão desse dispositivo constitucional, muitos defenderam a ideia de que os diplomas internacionais sobre direitos humanos que não passassem pelo procedimento estabelecido pelo § 3º receberiam o status de supralegal ou de lei ordinária federal, uma vez que não teriam obtido o quorum necessário para serem alçados a nível constitucional.

Rechaça essa crítica pela interpretação dada ao art. 5º, § 2º, que apregoa que os direitos humanos, qualquer que seja seu quorum de aprovação, são materialmente constitucionais, como visto, formando o bloco de constitucionalidade^[12]. Confirmando este entendimento, brilhante é o posicionamento de Piovesan (2010)

[...] na hermenêutica emancipatória dos direitos há que imperar uma lógica material e não formal, orientada por valores, a celebrar o valor fundante da prevalência da dignidade humana. À hierarquia de valores deve corresponder uma hierarquia de normas, e não o posto.

Vale dizer, a preponderância material de um bem jurídico, como é o caso de um direito fundamental, deve condicionar a forma no plano jurídico-normativo, e não ser condicionado por ela (p.124).

Na verdade, importante diferenciar, na doutrina de Flávia Piovesan (2010) que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados anteriores à inclusão do § 3º na Constituição de 1988 são material e formalmente constitucionais, por força do § 2º do art. 5º, ao passo que os tratados ratificados após a inclusão do § 3º são, de plano, materialmente constitucionais, pelo fato de trazerem direitos humanos. Para se converterem em normas formalmente constitucionais, entretanto, deverão percorrer o processo legislativo de emenda constitucional, nos termos do art. 5º, § 3º da Constituição. Nas palavras da ilustre jurista

Vale dizer, com o advento do §3º do art. 5º surgem duas categorias de tratados internacionais de proteção de direitos humanos: a) os materialmente constitucionais; e b) os material e formalmente constitucionais. Frise-se: todos os tratados internacionais de direitos humanos são materialmente constitucionais, por força do § 2º do art. 5º. Para além de serem materialmente constitucionais, poderão, a partir de § 3º do mesmo dispositivo, acrescer a qualidade de formalmente constitucionais, equiparando-se às emendas à Constituição, no âmbito formal. (PIOVESAN, 2010, p.132)

A distinção trazida acima irá repercutir no âmbito da denúncia de um tratado de direitos humanos. Ao passo que os tratados de direitos humanos apenas materialmente constitucionais poderão ser alvo de denúncia, os tratados material e formalmente constitucionais não poderão ser suscetíveis da denúncia [\[13\]](#).

Portanto, admitindo-se que todos os tratados de direitos humanos possuem natureza constitucional, está por concluindo que o rol de direitos constantes nesses diplomas é considerado cláusulas pétreas, assegurados pelo art. 60, §4º da Constituição da República. Em capítulo apropriado, será discutido se o § 3º do art. 5º da Carta, em interpretação com o artigo que assegura as cláusulas pétreas, é um

retrocesso no ordenamento jurídico, de forma a discutir uma possível inconstitucionalidade de tal inovação legislativa.

A terceira corrente elencada foi a do status de supralegalidade dos tratados de direitos humanos. Posicionamento este defendido atualmente pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 466.343, tendo como voto determinante o do Ministro Gilmar Mendes.

A tese defendida pelo STF reza que os diplomas internacionais sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, mas teria um tratamento especial frente às demais normas infraconstitucionais, qual seja a supralegalidade. Nas palavras de Mendes (2008) “[...] os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico”. (p.705)

Para esta corrente, o conflito entre norma interna e internacional não implicava revogação da primeira. Na verdade, defende esta vertente, que a norma interna deixaria de ter aplicabilidade imediata diante do efeito paralisante dos tratados internacionais em relação às normas infraconstitucionais. Em outros termos, segundo o status supralegal dos tratados de direitos humanos, “a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante também tem sua eficácia paralisada” (MENDES, 2008, p.710).

Foi exatamente isso que foi decidido pelo STF no julgamento do RE nº 466.343, no qual se entendeu que a prisão civil do depositário infiel não foi revogada pela adesão do Brasil à Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Na verdade, o art. 652 do Código Civil e o Decreto-Lei nº911/69 não foram revogados, mas tiveram sua aplicabilidade suspensa.

O presente estudo não corrobora com a visão dada pela ilustre Suprema Corte (STF). Ora, perceba, então que o art. 5º, LXVII não está com eficácia suspensa em relação à prisão do depositário infiel, pois se estivesse estaria colocando o tratado internacional de direitos humanos acima da Constituição. Dessa forma, o Poder Judiciário não poderia determinar a prisão civil do depositário infiel com fundamento no art. 652 do Código Civil, mas poderia fundamentá-la com base no art.5º, LXVII da Constituição. Ao defender o caráter supralegal, o Supremo Tribunal Federal estaria consagrando esta possibilidade. O mais adequado, portanto, é

equiparar as normas constantes em tratados internacionais às normas constitucionais, pois aí, sim, poderia ser afirmado, pela técnica da norma mais favorável ao titular do direito, que a prisão civil do depositário infiel foi revogada por uma norma reconhecida como constitucional, haja vista que uma norma supralegal não pode ter o condão de suspender a eficácia de uma norma constitucional. Isto pela própria hierarquia das leis

Por fim, a última tese possível de recebimento dos tratados internacionais é aquela que confere paridade em relação às normas infraconstitucionais, de forma que adentrariam no ordenamento pátrio como se leis ordinárias fossem. Diante de tudo o que já foi exposto, fica praticamente inviável a adoção desta tese, seja pela interpretação do art. 5º, § 2º, seja pela inovação do § 3º, do mesmo dispositivo constitucional. O que é importante deixar esclarecido, que os tratados ordinários entrarão como se leis ordinárias fossem, ao passo que os tratados de direitos humanos, pela visão do presente trabalho, terão tratamento especial e diferenciado, sendo recebidos com status constitucional, como preleciona o art. 5º, § 2º da Constituição da República.

Para o presente estudo, a vertente mais adequada para o recebimento dos tratados internacionais de direitos humanos, de acordo com os argumentos ao longo expostos, é a que lhes confere caráter constitucional, haja vista que deve ser levado em conta sempre a busca pela máxima efetividade constitucional, dando ao texto constitucional sempre interpretação mais ampla e abrangente possível, o que só é permitido pela corrente aqui defendida

5) Tratados Internacionais de Direitos Humanos e o art.5º, § 1º da CR/88.

Consoante o art. 5º, §1º da Constituição, as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Ora, percebe-se que os tratados internacionais de Direitos humanos trazem garantias fundamentais, como já se pacificou neste estudo, de modo que se incorporam no ordenamento interno automaticamente. Neste contexto, clara são as palavras de Mazzuoli (2001)

Ora, se as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, uma vez ratificados, por também conterem normas que dispõem

sobre direitos e garantias fundamentais, terão, dentro do contexto constitucional brasileiro, idêntica aplicação imediata”. (p.55)

Também nesse sentido é o pensamento do professor Sarlet (2010) ao dizer que

[...] há como sustentar, a exemplo do que tem ocorrido na doutrina, a aplicabilidade imediata de todos os direitos fundamentais constantes do Catálogo (arts.5º a 17), bem como dos localizados em outras partes do texto constitucional e nos tratados internacionais (p.263) (grifo nosso).

Consoante os ensinamentos de Sarlet (2010), o que o constituinte quis ao colocar o §1º do art. 5º da Carta da República é evitar que haja um esvaziamento dos direitos fundamentais, de modo que não se configurem como letra morta na ordem jurídica brasileira.

Interessante pontuar que entender que os tratados de direitos humanos não teriam aplicabilidade e eficácia imediata estaria equiparando os direitos e garantias fundamentais às demais normas constitucionais e infraconstitucionais, o que, por aqui, se pensa ser inadmissível. Dessa forma, havendo a incorporação automática dos direitos assegurados pelos tratados de direitos humanos está-se cumprindo a função de maximizar a eficácia dos direitos fundamentais. Pensamento este compartilhado por Flávia Piovesan^[14].

A extensão da aplicabilidade material aos direitos elencados fora do catálogo do art. 5º da Constituição da República não encontra qualquer restrição no texto constitucional. Na verdade, faz-se uma interpretação conjunta do § 1º do art. 5º e do § 2º do mesmo dispositivo constitucional. Esta exegese acaba por harmonizar o texto constitucional.

Importante ter em mente se o § 1º do art. 5º, por si só, seria capaz de conferir a todos os direitos fundamentais, in casu os direitos humanos contidos nos tratados internacionais que os contenham, aplicabilidade imediata e dotados de plena

eficácia, ainda que se cuide de preceitos que não receberam normatividade suficiente para tanto, necessitando uma intervenção legislativa.

Nesse diapasão, o presente texto entende que a melhor interpretação dada ao art5^a, §1^o da Carta Constitucional é que este dispositivo trata-se de uma norma de cunho principiológico. Portanto, seria uma espécie de mandado de otimização dos direitos fundamentais, ou seja, obriga aos órgãos estatais a função de reconhecerem a maior eficácia possível aos direitos fundamentais.

Partindo da premissa que todas as normas constitucionais são dotadas de, pelo menos, um mínimo de eficácia, é dever do poder público extrair das normas que consagram direitos fundamentais a maior eficácia possível, outorgando-lhe efeitos reforçados relativamente às demais normas constitucionais.

Destarte, a atuação do Poder Judiciário deve ser sempre no sentido acima posto, o que acarreta pela obrigação de reconhecer aos tratados internacionais de direitos humanos a hierarquia constitucional, para que se torne possível essa discussão a cerca dos direitos assegurados por tais diplomas.

Diante do exposto, atribuindo a Constituição a hierarquia constitucional aos tratados de direitos humanos, é de se concluir que está dispensada a expedição de decreto de execução para que estes diplomas internacionais irradiem seus efeitos, seja no plano interno ou na seara internacional. Diferente, nos tratados internacionais ordinários, o decreto faz-se necessário, haja vista que não está amparado pelo dispositivo constitucional aqui estudado.

6) Alienação fiduciária em garantia: uma breve análise sobre o instituto

Importante explicar o que se trata, ainda que de forma breve, a alienação fiduciária em garantia, uma vez que esse tema foi o objeto da decisão do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 466.343.

Fábio Ulhoa (2010) entende por alienação fiduciária

Aquele negócio jurídico em que uma das partes (fiduciante), proprietária de um bem, aliena-o em confiança para a outra (fiduciário), que, por sua vez, se obriga a

devolver-lhe a propriedade do mesmo bem nas hipóteses previstas em contrato (p.149)

Interessante perceber que a alienação fiduciária é um negócio-meio, de forma a criar condições para um negócio-fim. A alienação fiduciária pode ocorrer em três situações, quais sejam: a viabilização da administração do bem alienado; a transferência de domínio a terceiros; e como forma de garantia do pagamento de dívida.

Esta última situação foi alvo da análise pelos ministros do Supremo Tribunal Federal.

A alienação fiduciária em garantia, portanto, é espécie de alienação fiduciária, e foi introduzida no ordenamento pátrio por meio da Lei de Mercado de Capitais de 1965. Atualmente, em se tratando de mercado financeiro, é um contrato disciplinado pela Lei nº 4728/65, em seu art. 66-B. De forma diferente, quando o objeto do contrato for um bem imóvel, é regido pelos arts. 22 a 33 da Lei nº 9514/97.

Ulhoa (2010) conceitua alienação fiduciária em garantia como o “contrato instrumental do mútuo, em que o mutuário-fiduciante (devedor), para garantia do cumprimento de suas obrigações, aliena ao mutuante-fiduciário (credor) a propriedade de um bem do seu patrimônio” (p.149).

Segundo os ensinamentos de Orlando Gomes (2010), “a alienação fiduciária em garantia é o negócio jurídico pela qual o devedor, para garantir o pagamento da dívida, transmite ao credor a propriedade de um bem, retendo-lhe a posse direta, sob a condição resolutiva de saldá-la”

Nessa situação, o credor tem apenas o domínio resolúvel e a posse indireta da coisa alienada, de modo que o devedor somente tem a posse direta da coisa. Destarte, realizado o pagamento da dívida, resolve-se o domínio em favor do fiduciante, que volta a ser o titular pleno da coisa dada em garantia.

A alienação fiduciária em garantia tem como objeto um bem móvel ou imóvel. No primeiro caso, consoante o art. 8º-A do Decreto-Lei nº 911/69, toda vez que o contrato for celebrado para assegurar créditos fiscais ou previdenciários ou, ainda,

quando tiver sido celebrado no âmbito do mercado financeiro, o inadimplemento ou a mora do fiduciante possibilitará a exigibilidade das prestações vincendas de plano, oportunizando ao fiduciário o requerimento da busca e apreensão do bem. Depois de concedida a liminar de busca e apreensão, o fiduciante tem 5 dias para realizar o pagamento integral do valor devido. Caso não o faça, o fiduciário se torna o proprietário no intuito de tornar efetiva sua garantia.

Contudo, quando o objeto do contrato for um bem imóvel, a busca e apreensão não se fazem adequadas, uma vez que haverá a consolidação da propriedade em nome do credor. Esta consolidação ocorre pela “falta de emenda da mora, perante o Registro de Imóveis, pelo devedor regularmente intimado” (ULHOA, 2010, p.150).

Após o julgamento do RE nº 466.343, o Supremo entendeu por indevida a prisão civil do fiduciante, exatamente por tantos procedimentos processuais que o fiduciário titulariza para ver sua garantia efetivada, restando desnecessário determinar a prisão civil do fiduciante.

7) A repercussão dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro

Após um estudo sobre o instituto dos tratados internacionais, precípua é analisar as possíveis repercussões jurídicas em virtude da incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos na ordem jurídica brasileira.

Partindo da premissa que o presente texto entende que os tratados internacionais de direitos humanos têm força constitucional, é possível prever algumas hipóteses que podem ocorrer. O diploma internacional poderá assegurar um direito idêntico ao garantido pela constituição; pode, ainda, aumentar o rol de direitos assegurados pela Carta Constitucional, ou, por fim, pode também contrariar normas do direito interno. Nesse sentido, diferente não poderia ser o pensamento de Piovesan (2011)

Em relação ao impacto jurídico dos tratados internacionais de direitos humanos no direito brasileiro, e considerando a hierarquia constitucional desses tratados, três hipóteses poderão ocorrer. O direito enunciado no

tratado internacional poderá: a) coincidir com o direito assegurado pela Constituição (neste caso a Constituição reproduz preceitos do Direito Internacional dos Direitos Humanos; b) integrar, complementar e ampliar o universo de direitos constitucionalmente previstos; ou c) contrariar preceito do direito interno (p.150).

O texto constitucional brasileiro reflete diversas normas presentes em tratados internacionais. Muitas das vezes, o dispositivo constitucional reproduz de forma fiel a redação dada pelos diplomas internacionais.[\[15\]](#)

Ora, perceba que as transcrições literais, na Constituição de 1988, de textos contidos em tratados internacionais confirmam o status constitucional a que deve ser dado aos tratados internacionais que consagram os direitos humanos. Ademais, houve grande preocupação do constituinte em adequar as normas fundamentais internas, com as regras do Direito Internacional, de modo que um direito complementasse e integrasse o outro.

Outro impacto jurídico trazido pelos tratados internacionais de direitos humanos ao qual o Brasil adere é a ampliação do rol dos direitos fundamentais assegurados pela ordem jurídica. Mais uma vez, percebe-se a intenção do legislador tratar o Direito Internacional e o Direito Interno de forma complementar, haja vista que o rol de direitos fundamentais assegurados será alargado, “na medida em que não se encontram previsto no Direito interno” (PIOVESAN, 2011, p.153).[\[16\]](#)

Portanto, em suma, pode-se dizer que o Direito Internacional e Direito Interno devem estar sempre em consonância, seja quando os tratados internacionais aumentam e complementam o rol dos direitos fundamentais assegurados pelas normas internas, seja quando estas normas reproduzem texto literal das normas internacionais.

Contudo, como dito anteriormente, é possível haver mais uma repercussão no ordenamento jurídico interno, qual seja o conflito entre norma internacional e norma nacional. Sobre esta hipótese faz-se necessário um estudo mais cauteloso.

Normalmente, no plano interno, quando uma norma posterior trata do mesmo tema de uma norma anterior, utiliza-se o critério de que lei posterior revoga

lei anterior, naquilo que forem incompatíveis. Contudo, quando se fala de direitos fundamentais, o critério citado não pode ser a regra, uma vez que está se falando de direitos inerentes ao seres humanos, que garantem dignidade da pessoa humana. Partindo dessa premissa, portanto, pode-se dizer que o melhor critério a ser aplicado é o da norma mais vantajosa para a pessoa. Dessa forma, se houve um choque entre uma norma de direito interno posterior (menos benéfica) à norma de direito internacional (mais benéfica), deve-se aplicar esta norma. [17] Ora, diferente não poderia ser, afinal é princípio norteador da República Federativa do Brasil o da Prevalência dos direitos humanos, nos termos do art.4º, II da Constituição. Este princípio assegura a aplicação da norma mais favorável às vítimas.

A escolha de qual norma mais benéfica deve ser aplicada em favor da pessoa é função dos Tribunais, de forma a garantir a maior proteção ao ser humano, garantindo, essencialmente, a dignidade da pessoa humana.

Para ficar mais claro o que se quer tratar, perceba os exemplos trazidos de conflitos entre norma interna e norma internacional. A Constituição da República de 1988 trouxe no seu art. 5º, LXVII, que não há, no Brasil, a prisão civil por dívida, excetuando inadimplemento do pagamento de obrigações alimentícias e do depositário infiel. Isso posto, importante entender que a Constituição consagrou a proibição da prisão civil por dívidas. Contudo, trouxe duas exceções acima ditas. Acontece que o Pacto de San José da Costa Rica, em seu art. 7º (7) dispõe dessa forma “Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”. Veja que há um conflito entre a norma interna e a norma internacional, visto que o Brasil ratificou o Pacto de San José da Costa Rica. Portanto, como será visto em tópico próprio, o Supremo Tribunal Federal posicionou-se no sentido de não haver a possibilidade da prisão civil do depositário infiel. Observe que o STF, ao julgar a matéria, utilizou-se do critério da norma mais favorável que, in casu, era a norma prevista no Direito Internacional.

Importante firmar posição de que a um tratado de direitos humanos ser aplicado ao invés de norma constitucional, isto “não nulifica qualquer dos preceitos da Constituição, posto que decorre de seus próprios postulados” (MAZZUOLI, 2001, p.23).

Há de se exemplificar, também, um conflito em que a norma interna prevalece sobre a norma internacional.

Consoante o artigo 22 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos

1. Toda pessoa terá o direito de associar-se livremente a outras, inclusive o direito de construir sindicatos e de a eles filiar-se, para a proteção de seus interesses.

2. O exercício desse direito estará sujeito apenas às restrições previstas em lei e que se façam necessárias, em uma sociedade democrática, no interesse da segurança nacional, da segurança e da ordem públicas, ou para proteger a saúde ou a moral públicas ou os direitos a liberdades das demais pessoas. O presente artigo não impedirá que se submeta a restrições legais o exercício desse direito por membros das forças armadas e da polícia.

3. Nenhuma das disposições do presente artigo permitirá que Estados Partes da Convenção de 1948 da Organização do Trabalho, relativa à liberdade sindical e à proteção do direito sindical, venham a adotar medidas legislativas que restrinjam - ou aplicar a lei de maneira a restringir - as garantias previstas na referida Convenção.

Perceba que o §2º legisla que o exercício ao direito de formar sindicatos está sujeito às restrições previstas em lei e que sejam necessárias, em uma sociedade democrática, para proteger os direitos lá elencados.

Por sua vez, a Carta brasileira, em seu art. 8º, II, consagra a liberdade sindical, por meio da unicidade sindical. Diferente do texto internacional, a norma nacional não traz nenhuma restrição ao exercício do direito de se unir e formar sindicatos.

Destarte, também pelo critério da norma mais benéfica, “conclui-se que a ampla liberdade de criar sindicatos merece prevalecer sobre a restrição da unicidade sindical” (PIOVESAN, 2011, p.160).

Ademais, pelo §3º percebe-se que a intenção do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos é, efetivamente, propiciar o exercício da liberdade sindical. Dessa forma, ao dizer que nenhum Estado, que seja membro da OIT, pode criar legislações a restringir o direito ali assegurado, está, em última análise, propiciando que aplique legislações internas, desde que sejam mais benéficas ao exercício daquele direito.

Após a análise das três situações que podem ocorrer, quando da adoção de tratados internacionais de direitos humanos, o importante é concluir que os direitos trazidos por estes diplomas devem vir sempre com a intenção de reforçar os direitos já assegurados pela Constituição, de modo que, jamais, podem vir abolir ou diminuir direitos fundamentais.

8) Vedação ao retrocesso: conflito entre o § 2º e o § 3º, do Art. 5º, da Constituição da República de 1988

A vedação ao retrocesso resguarda íntima conexão com a ideia de segurança jurídica, o que ao seu fundo está ligada de forma essencial a um Estado de Direito. Isto porque a atuação estatal e das pessoas será pautada por aquilo que a lei proíbe ou não veda, de maneira tal que não haveria arbitrariedades, mas caso ocorressem existiria uma lei a ser aplicada de forma a resguardar a atuação lícita.

A doutrina pátria, tendo como expoente Celso Antônio Bandeira de Mello (2011), entende que a segurança jurídica é tão precípua no Estado de Direito, que a eleva a própria noção de dignidade da pessoa humana, uma vez que havendo certa estabilização nas relações sociais e jurídicas, está-se viabilizando a elaboração e a realização de projetos de vida pessoais. Em outros termos, em lugares onde haja um nível de instabilidade elevado, de forma que não se pode confiar nas próprias instituições estatais, a dignidade da pessoa humana não estará suficientemente protegida.

Nas palavras de Piovesan (2010)

[...] seja no âmbito internacional, seja no âmbito interno (à luz do Direito Constitucional ocidental), a dignidade da pessoa humana é princípio que unifica e centraliza todo o sistema normativo, assumindo especial

prioridade. A dignidade humana simboliza, desse modo, verdadeiro superprincípio constitucional, a norma maior a orientar o constitucionalismo contemporâneo, nas esferas local e global, dotando-lhe de especial racionalidade, unidade e sentido.

Pode-se afirmar que o direito fundamental à dignidade da pessoa humana juntamente com os outros direitos fundamentais consagram as exigências de justiça e valores éticos presentes no ordenamento jurídico pátrio. Neste cenário, os Direitos Fundamentais foram elevados à cláusulas pétreas, isto é, aquelas normas trazidas pela Constituição que, devido sua importância, nem mesmo Emenda Constitucional poderia vir tendente a aboli-las, mas, somente, a aumentar o seu rol.

É nesse momento é que se torna importante a análise dos § 2º e do § 3º, do art. 5º, da Constituição da República de 1988.

Antes de adentrar, especificamente no conflito entre os dispositivos constitucionais, faz-se importante salientar que não é objeto do presente estudo a discussão da inconstitucionalidade ou não destes dispositivos constitucionais. Entretanto, será proposta, apenas, uma pequena análise de um tema que merece ser tratado detalhadamente em outro momento.

Legisla o § 2º do citado dispositivo constitucional que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes de tratados internacionais em que o Brasil seja signatário. Da análise deste texto entende-se que todos os tratados internacionais de Direitos Humanos que o Brasil seja parte entram com força de norma constitucional, entram no rol dos direitos fundamentais exemplificados durante todo o artigo 5º da Carta Magna.

Por sua vez, consoante o § 3º do artigo 5º da Constituição de 1988, os tratados internacionais sobre direitos humanos só serão equivalentes às emendas constitucionais se forem aprovados em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros. Em outras palavras, os tratados internacionais em questão só terão força constitucional se passarem pelo processo legislativo resguardado para aprovação de Emenda Constitucional.

Importante dizer que o §3º do artigo 5º foi acrescido no texto constitucional por razão da EC nº45/04.

Ora, perceba que o §2º é uma norma abrangente, que possibilita o aumento do rol dos direitos fundamentais (este, tidos como cláusulas pétreas), ao passo que o § 3º é uma norma que restringe o aumento do rol dos referidos direitos. Isto porque só seriam alçados como Direitos Fundamentais se fosse aprovados de acordo o processo legislativo de Emenda Constitucional. Perceba, ainda, que isto dificulta a entrada de tratados internacionais de direitos humanos como normas garantidoras de direitos fundamentais. Dessa forma, pode-se dizer que o §3º é, na verdade, inconstitucional, haja vista que se originou de uma emenda ao texto constitucional tendente a diminuir o rol de direitos fundamentais, que são cláusulas pétreas. Em outras palavras

As cláusulas pétreas^[18] impõem limites materialmente explícitos de reforma constitucional. Dessa forma, aquilo que é protegido por cláusula pétrea não pode ser objeto de uma emenda constitucional tendente a aboli-los. Destarte, quando uma emenda constitucional, in casu, a EC nº 45 cria um processo legislativo mais dificultoso, para que os tratados internacionais de direitos humanos adentrem no ordenamento pátrio com status constitucional, isso é tendente a diminuir a extensão dos direitos fundamentais na ordem brasileira.^[19]

Nesse particular, importante são os ensinamentos de Sarlet (2006)

[...] a inovação trazida pela EC 45/04 é inconstitucional por violar os limites materiais à reforma constitucional, no sentido de que se acabou dificultado o processo de incorporação dos tratados internacionais sobre direitos humanos e chancelando o entendimento de que os tratados não incorporados pelo rito das emendas constitucionais teriam hierarquia meramente legal, de tal sorte que restou restringido, desta forma, o próprio regime jurídico-constitucional dos direitos fundamentais oriundos dos tratados. (p.79)

Exatamente por isso deve-se dar, aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, o status constitucional. Diferente não poderia ser o pensamento do

ilustre jurista Valério Mazzuoli (2001) que assim firma posição “a cláusula do § 2º do art.5º da Carta da República, está a admitir (e isto é bem visível!) que tratados internacionais de proteção dos direitos humanos ingressem no ordenamento jurídico brasileiro no mesmo grau hierárquico das normas materialmente constitucionais [...]” (p.12) Uma vez ingressando na ordem jurídica como Direitos Fundamentais não poderiam ser retirados do ordenamento. Mazzuoli (2001), com brilhantismo, assim conclui “[...] todos os direitos inseridos nos referidos tratados constituem cláusulas pétreas, não podendo ser suprimidos por emenda à Constituição [...]” (p.18). Dessa forma, garante uma maior segurança jurídica para as pessoas. Resta claro que isto não aconteceria se os Tratados de Direitos Humanos tivessem status diverso.

9) Considerações Finais

Durante toda a exposição, o presente texto mostrou sempre a preocupação com a busca pela máxima efetividade constitucional em um Estado Democrático de Direito. Objetivou-se demonstrar a evolução histórica dos direitos fundamentais, saindo do modelo Liberal, passando pelo modelo Social, até chegar ao modelo Democrático. No primeiro destes modelos, o Estado se via em uma postura absenteísta, de modo que apenas reconhecia os direitos individuais sob um enfoque formal. De forma diferente, no segundo modelo, o Estado sai da inércia e se agiganta, efetivando materialmente os direitos que a sociedade almejava. Contudo, verificou-se que o Estado não podia tratar o cidadão como cliente, devido a inviabilidade de tal postura. Ademais, os cidadãos não mais se preocupavam apenas com os seus direitos, ampliando sua visão, voltando seu olhar para o direito de toda a sociedade. É neste contexto que surge o terceiro modelo elencado, qual seja, o democrático. A partir de então,, as pessoas passaram a se preocupar umas com as outras, e os direitos coletivos ganharam maior importância.

Depois de demonstrada a nova concepção dos direitos fundamentais, foi objeto de análise do presente estudo as teorias que versam sobre a hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos. Estudou-se o posicionamento que o STF adotou a partir da década de 1970 e a mudança deste a partir do julgamento da impossibilidade da prisão civil por dívida do depositário infiel.

A partir da exegese do art. 5º, §§ 1º, 2º e 3º, o presente estudo posicionou-se no sentido de defender que os tratados internacionais de direitos humanos

devem, realmente, ter um tratamento específico e diferenciado, qual seja o reconhecimento da sua hierarquia constitucional. Este posicionamento defendido é contrário à tese defendida e aceita pelo Supremo Tribunal Federal, o qual se posiciona pela adoção da tese da supralegalidade. Como foi visto esta não pode e não é a corrente mais adequada para um Estado que se diz Democrático de Direito. Este tema deve ser repensado pela jurisprudência da Suprema Corte.

Ademais, justificando a opção pela tese da constitucionalidade dos tratados de direitos humanos, foram trazidas as repercussões que estes diplomas normativos podem ocasionar no ordenamento jurídico pátrio. Entre elas, o presente estudo entende como de maior importância o alargamento do rol dos direitos fundamentais, propiciando um maior benefício aos cidadãos pátrios, de modo a buscar a máxima efetividade desses direitos.

Por fim, foi defendido, ainda que de forma sucinta, o retrocesso que se materializa pela adoção de outra tese de hierarquia dos tratados de direitos humanos que não seja a teoria constitucional.

A discussão merece estar sempre em pauta para que o país não se mantenha paralisado e haja sempre a busca pela dignidade da pessoa humana, o que se materializa por meio dos direitos fundamentais.

Referências:

ACCIOLY, Hildebrando; Do Nascimento e Silva, G.E. **Manual de Direito Internacional Público**. 15ª ed. rev. atual. por Paulo Borba Casella. São Paulo: Saraiva, 2002. 566 p.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988. Brasília: Senado Federal, 1988. 292 p.

BRASIL. **Convenção Interamericana de Direitos Humanos**, de 1969. Disponível em <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjeose.htm> >. Acesso: 17 de abril de 2012.

BRASIL. **Convenção de Viena sobre o Direitos dos Tratados**, de 23 de Maio de 1969. Disponível em

http://www.fd.uc.pt/CI/CEE/OI/Conv_Viena/Convencao_Viena_Dt_Tratados-1969-PT.htm>. Acesso: 17 de abril de 2012

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Impossibilidade de prisão civil do depositário infiel**. Recurso Extraordinário 466.343. Banco Bradesco versus Vera Lúcia Albuquerque. Relator: Ministro Cesar Peluso. Brasília, Acórdão de 3 de dez de 2008. Disponível em < <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>>. Acesso em: 02 de dezembro de 2011.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. 2003.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; GOMES, Frederico Barbosa Gomes. Processo constitucional e direitos fundamentais: ensaio sobre uma relação indispensável à configuração do Estado Democrático de Direito. *In: Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, ano XXVII, nº 2, vol. 71 abr-jun/2009. p. 63-91. Disponível em Acesso: 24 de abril de 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25ªed. São Paulo: Atlas, 2012. 932p.

HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do outro**: estudos de teoria política. 3ªed. São Paulo: Edições Loyola, 2007. 404p.

LUÑO, Antonio E. Perez. **Los Derechos Fundamentales**: temas clave de la constitucion española. 7ªed. Tecnos: Madrid, 1998. 231 p.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direito Internacional**: tratados e direitos humanos fundamentais na ordem jurídica brasileira. Academia Jurídica: Rio de Janeiro, 2001. 288 p.

MELLO, Celso D. Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 15ªed. rev. ampl. Renovar: Rio de Janeiro, 2004. 925 p.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3ªed. v.2. Editora Coimbra: Coimbra, 1991.

NÚCLEO de bibliotecas. Manual para elaboração e apresentação dos trabalhos

acadêmicos : padrão Newton Paiva. Belo Horizonte: Centro Universitário Newton

Paiva. 2011. Disponível em:

Newton_Paiva_2011.pdf>. Acesso em: 30 de maio de 2012.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 12ªed. rev. atual. Saraiva: São Paulo, 2011. 673 p.

REZEK, José Francisco. 1944, **Direito internacional público**: curso elementar. 9. São Paulo: Saraiva, 2002. 403p.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10ªed. rev. atual e ampl. (2ª tiragem). Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2010. 493 p.

_____. Os Direitos Fundamentais, a Reforma do Judiciário e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos: notas em torno dos §§ 2º e 3º do art. 5º da Constituição de 1988. *In: Revista de Direito do Estado*, ano 1, nº 1, jan-mar/2008. p. 59-88.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 18ªed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2000.

NOTAS:

[1] Para aprofundar o estudo acerca do tema, importante faz-se o estudo dos três modelos normativos de democracia que Habermas, em sua obra “A inclusão do outro: estudos de teoria política” propõe, quais sejam os modelos Liberal, Republicano e Procedimental.

[2] Preâmbulo da Constituição da República de 1988 “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um **Estado Democrático**, destinado a assegurar o exercício dos **direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores**

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

[3] PIOVESAN, Flavia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 12 Ed. Rev. Atual. São Paulo: Saraiva, 2011. Da mesma forma, legisla o art. 3º da Convenção de Viena de 1969.

[4] Art.26 da Convenção de Viena de 1969: Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o artigo 46.

[5] O art. 8 da Lei dos Tratados afirma que o ato praticado por uma pessoa que não pode ser considerada representante do Estado não produz efeitos jurídicos, salvo se for confirmado, posteriormente por esse Estado.

[6] Deve-se observar que os Chefes de Estado e os de Governos, bem como os Ministros das Relações Exteriores têm plenos poderes para praticar todos os atos relativos à conclusão de um tratado. Por sua vez, os chefes de missão diplomática podem realizar qualquer ato relativo à conclusão de tratado pelo qual foi designado. Por fim, o representante do Estado em uma conferência ou organização internacional pode celebrar tratado relativo àquela conferência ou organização para qual foi designado.

[7] Para o aprofundamento da matéria, indica-se a obra do professor Celso D. Albuquerque Mello “Curso de Direito Internacional Público”

[8] Um dos críticos foi o ilustre jurista Celso D. Albuquerque Mello (2004) que dizia que “a tendência mais recente no Brasil é a de um verdadeiro retrocesso nesta matéria. No recurso extraordinário n. 80.004, decidido em 1977, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu que uma lei revoga tratado anterior. Esta decisão viola também a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (1969) que não admite o término de tratado por mudança de direito superveniente” (p.70)

[9] Para que fique mais claro, imprescindíveis são as lições de Piovesan (2010), para ao distinguir a hierarquia dos tratados de direitos humanos e os tratados de matérias ordinárias, afirmando que “enquanto estes buscam o equilíbrio e a reciprocidade de relações entre os Estados-partes, aqueles transcendem os meros compromissos recíprocos entre os Estados pactuantes. Os tratados de direitos humanos objetivam a salvaguarda dos direitos do ser humano, e não das prerrogativas dos Estados” (p.117).

[10] “Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.”

[11] Segundo Sarlet (2006) o bloco de constitucionalidade “[...]representa a reunião de diferentes diplomas normativos de cunho constitucional, que atuam, em seu conjunto, como parâmetro do controle de constitucionalidade[...].” (p.79).

[13] Elucidativa é a posição de Piovesan (2010) “Diversamente dos tratados materialmente constitucionais, os tratados material e formalmente constitucionais não podem ser objeto de denúncia. Isto porque os direitos neles enunciado receberam assento no Texto Constitucional, não apenas pela matéria que veiculam, mas pelo grau de legitimidade popular contemplado pelo especial e dificultoso processo de sua aprovação, concernente à maioria de três quintos dos votos dos membros, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos de votação. Ora, se tais direitos internacionais passaram a compor o quadro constitucional, não só no campo material, mas também no formal, não há como admitir que um ato isolado e solitário do Poder Executivo subtraia tais direitos do patrimônio popular – ainda que a possibilidade de denúncia esteja prevista nos próprios tratados de direitos humanos ratificados, como já apontados. É como se o Estado houvesse renunciado a essa prerrogativa de denúncia, virtude da ‘constitucionalização formal’ do tratado no âmbito jurídico interno” (p.135)

[14] Vide “Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional” de Flávia Piovesan.

[15] “A título de exemplo, merece referência o disposto no art.5º, III, da Constituição, que, ao prever que ‘ninguém será submetido a tortura nem a tratamento cruel, desumano ou degradante’, é reprodução literal do art. V da Declaração Universal de 1948, do art. 7º do Pacto Internacional dos Direitos Civil e Políticos e ainda do art.5º (2) da Convenção Americana” (PIOVESAN, 2011, p.150).

[16] “A título de ilustração, cabe mencionar os seguintes direitos: a) direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e sua família, inclusive À alimentação, vestimenta e moradia, nos termos do art.11 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; b) proibição de qualquer propaganda em favor da guerra e de qualquer apologia ao ódio nacional, racial ou religioso, que constitua incitamento À discriminação, à hostilidade ou à violência, em conformidade com o art. 20 do Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos e o art. 13 (5) da Convenção Americana [...] m) proibição da extradição ou expulsão de pessoa a outro Estado quando houver fundadas razões de que poderá ser submetida a tortura ou a outro tratamento cruel, desumano ou degradante,

nos termos do art. 3º da Convenção contra a tortura e do art. 22, VIII, da Convenção Americana” (PIOVESAN, 2011, p. 151 e 152)

[17] Para Flávia Piovesan: “elucidativo é o art. 29 da Convenção Americana de direitos Humanos, que, ao estabelecer regras interpretativas, determina que ‘nenhuma disposição da Convenção pode ser interpretada 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 Estado” (2011, p.158).

[18] Nos termos do art. 60, §4º da CR/88, “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I – a forma federativa de Estado; II – o voto direto, secreto, universal e periódico; III – a separação dos Poderes; e IV – os direitos e garantias individuais”.

[19] Neste contexto, indica-se, para aprofundar sobre o tema, a obra “Direito Internacional: tratados e Direitos Humanos Fundamentais na ordem jurídica brasileira” de Valério de Oliveira Mazzuoli.

A RELEVÂNCIA DA PRERROGATIVA DE REQUISIÇÃO PARA A CONCRETIZAÇÃO DOS OBJETIVOS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

ANA PAULA BERLATTO FÃO FISCHER:
Advogada. Com mestrado na Universidade de Barcelona em Direito Civil. Cursando Pós-Graduação de Direito Constitucional da LFG. Pós-graduação em Direito de Família na Universidade de Barcelona. Graduada em Direito na PUCRS.

RESUMO: O presente trabalho discorre sobre a prerrogativa da requisição atribuída aos Defensores Públicos como ferramenta imprescindível à concretização dos direitos fundamentais ao acesso à justiça e à assistência jurídica gratuita e integral, como meio indispensável para promover o Estado Democrático de Direito e cumprir os objetivos da República Federativa do Brasil de forma a construir uma sociedade justa, livre e solidária, com a redução de desigualdades, promovendo o bem de todos sem preconceitos.

Palavras-chave: Prerrogativas; Defensor Público; Requisição; Estado Democrático de Direito; Acesso à Justiça; Assistência Jurídica Integral e Gratuita; ADI n.º 230.

Sumário: Introdução. 1. Da Relevância da Prerrogativa da Requisição. 2. Da inconstitucionalidade proferida na ADI 230 e a necessidade de uma nova releitura acerca da requisição do Defensor Público. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Aos Defensores Públicos são asseguradas prerrogativas funcionais as quais estão previstas na Lei Orgânica n.º 80/94 (art. 44 e 128) , tendo por objetivo qualificar o serviço público de assistência jurídica prestada pela Defensoria Pública aos assistidos e jurisdicionados, de modo a possibilitar a consecução do gigantesco volume de trabalho a que estão submetidos, compensando a ausência de adequada estrutura da Instituição para atender a sua missão constitucional de prestar assistência jurídica a todos os necessitados (art. 5º, LXXIV, da CF).

Neste sentido, ensina Caio Paiva:

Prefiro conceituar as prerrogativas como verdadeiros instrumentos conferidos aos defensores públicos para que possam executar adequadamente as funções institucionais confiadas à Defensoria Pública, na defesa dos cidadãos usuários do serviço de assistência jurídica integral e gratuita. Tratando-se de instrumentos, as prerrogativas devem estar diretamente ligadas à consecução de um objetivo; não podem consistir num fim em si mesmas, sob pena de serem consideradas privilégios pessoais dos defensores públicos, e portanto, contrárias ao ideal republicano.^[1]

Além disso, as prerrogativas funcionais também servem para assegurar a garantia da independência funcional do Defensor Público (art. 134, §4º, da Constituição Federal e art. 127, I, da LC n.º80/94), bem como favorecer o exercício de suas funções institucionais (art. 134 da CF e art. 4º da Lei n.º80/94).

1. DA RELEVÂNCIA DA PRERROGATIVA DE REQUISIÇÃO:

Dentre uma das prerrogativas funcionais do Defensor Público previstas na Lei Orgânica da Carreira, encontra-se a de requisição à autoridade pública ou de seus agentes de exames, certidões, perícias, vistorias, diligências, processos, documentos, informações, esclarecimentos e providências necessárias ao exercício de suas atribuições (art. 44, X, 89, X e 128, X, da LC n.º80/94), configurando-se como uma ordem a quem é dirigida, sendo verdadeiro ato administrativo dotado dos atributos de autoexecutoriedade, imperatividade e presunção de legitimidade.

Embora não encontre respaldo expresso no texto constitucional, é certo que o poder de requisição está previsto implicitamente no art. 134 da Carta Magna com base na Teoria dos Poderes Implícitos. Isto porque à Defensoria Pública é atribuído o dever de promoção dos direitos humanos e da defesa de direitos individuais e coletivos, bem como a resolução de conflitos de forma extrajudicial, o que exige a requisição a agentes públicos para obter informações pertinentes à defesa de tais direitos, caso contrário o Defensor Público não poderia exercer de forma ampla e integral sua missão constitucional, dependendo, para tanto, da concessão da tutela

jurisdicional quando indeferida a concessão administrativa de documentos, exames, certidões de posse de órgãos públicos.

Assim, tendo a Carta Magna atribuído competências expressas à Defensoria Pública, é decorrência lógica de tal dever que também tenha lhe tenham sido outorgados meios adequados para a concretização de sua finalidade institucional, enquadrando-se, assim, o poder de requisição como imprescindível para a realização da missão constitucional da Instituição.

Tal prerrogativa é imprescindível para a consecução das funções institucionais da Defensoria Pública como a de prestar orientação jurídica, já que não estando o Defensor Público na posse da documentação pertinente à pretensão que lhe é posta, torna-se inócuo o dever de esclarecimento ao assistido, o qual, ressalte-se, muitas vezes, não detém condições de obter os documentos necessários a sua consulta jurídica, em virtude de sua vulnerabilidade econômica, técnica, jurídica, social, o que atua como limitador da satisfação de seus direitos, situação que exige a tutela do Estado através da referida Instituição para garantir a assistência jurídica integral e gratuita garantida constitucionalmente.

Além disso, a Defensoria Pública tem como função prioritária resolver os conflitos de forma extrajudicial, de modo a privilegiar a pacificação social e o bem estar dos envolvidos (art. 4, II, da LC n.º 80/94), o que também somente é possível mediante a prerrogativa de requisição do Defensor Público, caso contrário inevitavelmente se teria de recorrer ao Poder Judiciário, onerando e sobrecarregando ainda mais este poder quando este não foi este o objetivo do poder constituinte (art. 134 da CF).

Note-se que a promoção, difusão e a conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico, bem como a prestação de atendimento interdisciplinar (art. 4º, III, IV, da LC n.º 80/94) somente pode ocorrer quando o Defensor Público detém conhecimento de dados em posse dos órgãos públicos, como forma de ter notícia dos setores mais vulneráveis da sociedade, de onde se localizam e de quais são suas necessidades mais básicas como forma de preparar sua atuação para combatê-las.

Ademais, a prerrogativa de requisição é verdadeiro instrumento de concretização da assistência jurídica do necessitado de forma ampla, célere e eficaz,

revestindo-se de mecanismo preparatório para a instrução adequada da ação judicial, como forma de instruí-la desde a postulação com a documentação indispensável ao deslinde da lide, cooperando, assim, com o processo e seus sujeitos para a obtenção de uma prestação jurisdicional mais célere, justa e efetiva (art. 6º do CPC), já que retira tal ônus do juiz que, caso contrário, teria que providenciar a requisição judicialmente, prejudicando o andamento processual, o que colaboraria com a proliferação de processos intermináveis.

Vale ressaltar que tal prerrogativa se manifesta também como um direito do assistido de ter uma assistência jurídica de qualidade e eficiente (art. 4-A, III, LC 80), tendo em vista que a requisição fomenta a satisfação integral de sua pretensão em tempo razoável e de maneira menos burocrática.

Desta maneira, a requisição não está condicionada a prévio controle judicial para sua regular produção de efeitos, já que o Defensor Público que necessitar de documentos ou de providências para o exercício de suas funções institucionais, poderá expedir requisição diretamente para a autoridade pública competente, de modo a ter assegurada uma atuação mais independente, célere e eficaz na proteção dos direitos fundamentais dos vulneráveis e na concretização dos objetivos do Estado Democrático de Direito previstos no art. 3º da Carta Magna.

2. DA INCONSTITUCIONALIDADE PROFERIDA NA ADI 230 E A NECESSIDADE DE UMA NOVA RELEITURA ACERCA DA REQUISIÇÃO DO DEFENSOR PÚBLICO

Embora a Lei Orgânica da Carreira apenas tenha previsto o poder de requisição em relação a autoridades públicas e aos seus agentes, é certo que neste conceito estão incluídos os particulares quando agirem por delegação no desempenho da função pública.

Entretanto, algumas Defensorias Públicas Estaduais foram mais além, e estenderam o poder de requisição contra particulares de entidade privadas, tal como a Lei Complementar n.º29/11 do Estado de Alagoas (art. 104, XI), e a Constituição Estadual do Rio de Janeiro (art. 178, IV, “a”).

Ainda que a Lei Complementar do Estado de Alagoas permaneça hígida, não teve a mesma sorte a Constituição Estadual do Estado do Rio de Janeiro que foi objeto da ADI 230 em relação à requisição contra particulares, quando o

STF declarou a inconstitucionalidade da prerrogativa do Defensor Público daquele Estado de requisitar tanto em relação às entidades privadas, bem como às autoridades públicas.

Neste sentido, colaciono a ementa do referido julgado:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DEFENSOR PÚBLICO ESTADUAL: GARANTIAS E PRERROGATIVAS. ART. 178, INC. I, ALÍNEAS F E G, II E IV DA CONSTITUIÇÃO DO RIO DE JANEIRO (RENUMERADOS PARA ART. 181, INC. I, ALÍNEAS F E G, II E IV). 1. A Emenda Constitucional fluminense n. 4/1991 alterou a numeração originária das normas contidas na Constituição fluminense. Art. 178, inc. I, alíneas f e g, inc. II e IV atualmente correspondente ao art. 181, inc. I, alíneas f e g, inc. II e IV da Constituição estadual. 2. Alteração dos critérios para aposentadoria dos defensores públicos do Estado do Rio de Janeiro pela Emenda Constitucional estadual n. 37/2006. Prejuízo do pedido em relação ao art. 178, inc. I, alínea f, Constituição fluminense. 3. O prazo trienal para aquisição de estabilidade no cargo, fixado pela Emenda Constitucional n. 19/1998, é aplicável indistintamente a todos os servidores públicos. Inconstitucionalidade do art. 178, inc. I, alínea g, da Constituição fluminense. 4. Extensão da garantia de inamovibilidade aos defensores públicos pela Emenda Constitucional n. 45/2004. Modificação do parâmetro de controle de constitucionalidade. Prejuízo do pedido em relação ao art. 178, inc. II, Constituição fluminense. 5. É inconstitucional a requisição por defensores públicos a autoridade pública, a seus agentes e a entidade particular de certidões, exames, perícias, vistorias, diligências, processos, documentos, informações, esclarecimentos e providências, necessários ao exercício de suas atribuições: exacerbação das prerrogativas

asseguradas aos demais advogados. Inconstitucionalidade do art. 178, inc. IV, alínea a, da Constituição fluminense. 6. Não contraria a Constituição da República o direito de os defensores públicos se comunicarem pessoal e reservadamente com seus assistidos, mesmo os que estiverem presos, detidos ou incomunicáveis, e o de terem livre acesso e trânsito aos estabelecimentos públicos ou destinados ao público no exercício de suas funções (alíneas b e c do inc. IV do art. 178 da Constituição fluminense). 7. Ação direta de inconstitucionalidade julgada parcialmente procedente para declarar a inconstitucionalidade do art. 178, inc. I, alínea g, e IV, alínea a; a constitucionalidade o art. 178, inc. IV, alíneas b e c; e prejudicados os pedidos quanto ao art. 178, inc. I, alínea f, e II, todos da Constituição do Rio de Janeiro. (ADI 230, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 01/02/2010, DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014 EMENT VOL-02754-01 PP-00079).

Segundo entendeu o Supremo Tribunal Federal, a requisição por Defensores Públicos não encontra respaldo constitucional, pouco importando a quem ela seria dirigida, se às entidades públicas ou privadas. Isto porque tal prerrogativa exacerbaria as garantias asseguradas aos demais advogados, violando a paridade entre os mecanismos de defesa, já que o poder requisitório não é conferido aos advogados regidos pelo Estatuto da Ordem dos Advogados, acarretando uma violação à paridade de armas com a outra parte.

O Tribunal Constitucional, ainda, salientou que a condição de Defensor Público não o tornaria um “superadvogado”, superior a qualquer outro, salientando que quem está na posição de advogado apenas requer, pois quem requisita é aquele que exerce a função judicante ou o Ministério Público dentro dos limites legalmente estabelecidos.

Ainda que o STF tenha reconhecido a mencionada inconstitucionalidade, é certo que o referido julgado se limitou à análise do Constituição Estadual do Rio de Janeiro, não podendo se estender automaticamente a outros diplomas normativos não submetidos a controle de constitucionalidade, já que o referido Tribunal acolhe a tese da intranscendência dos motivos determinantes, motivo pelo qual a decisão de inconstitucionalidade não se aplica a outras leis não declaradas inconstitucionais.

Assim, permanece constitucional em sua integralidade a prerrogativa do art. 128, X, da LC nº 80/94, por não ter sido alvo de questionamento relativo a sua constitucionalidade, motivo pelo qual os Defensores Públicos podem exercitar seu poder de requisição, ainda que apenas em face de autoridades públicas e seus agentes, conforme assegura a referida Lei Federal, ou, conforme a previsão de lei estadual em vigor que estenda a requisição a entidades privadas.

De qualquer modo, ainda que manifestada a posição suprema do STF sobre o tema, não é possível concordar com a referida decisão proferida ao passo que esta justamente violou o princípio da paridade de armas em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais garantido no art. 6º do CPC, já que a sobrecarga de trabalho dos Defensores Públicos, a desestrutura da Instituição e a falta de recursos, aliada com a vulnerabilidade de seus assistidos, coloca a defesa promovida pela Defensoria Pública em desvantagem com aquela promovida por advogado particular que conta com número certamente inferior de demandas, ainda mais quando se trata da defesa de pessoas jurídicas, ou pessoas físicas abastadas, ou, ainda, contra órgãos públicos, que detêm maior poder de alcance na produção de suas provas.

O equívoco da mencionada decisão também reside no fato de que Defensor Público e advogado não são iguais, pois aquele não desempenha o exercício da advocacia pública, mas tem natureza de agente político de transformação social, de modo a assistir demandas individuais de necessitados em sentido amplo, bem como promover direitos humanos, tutelas coletivas, educação em direitos, resolução de conflitos extrajudiciais, diferentemente do que o faz a advocacia privada, sendo certo, assim, que, diante da relevância da missão constitucional incumbida à Defensoria Pública para a consecução dos princípios e objetivos do Estado Democrático de Direito, não há dúvida de que faz jus a prerrogativas exclusivas e adequadas à sua finalidade institucional, como a requisição.

Além disso, não é cabível interpretar a prerrogativa de requisição como um fim em si mesmo favorável ao Defensor Público, mas sim em prol de seus assistidos, os quais frequentemente não possuem informações e condições para obter as providências necessárias às suas pretensões, devendo, assim, o Defensor Público lançar mão da prerrogativa de requisição, caso se faça necessário, havendo pleno equilíbrio na paridade de armas, garantindo-se a igualdade material ao necessitado.

Na seara criminal, verifica-se que a requisição ainda se faz mais imprescindível para garantir a paridade de armas entre a defesa, quase sempre, de um assistido estigmatizado pela sociedade e completamente vulnerável contra o aparato fortemente estruturado da acusação, o que inclusive se mostra necessário para concretização dos princípios da ampla defesa e do contraditório.

Também é preciso que seja ressaltado que a ADI 230 foi proferida anteriormente à Emenda Constitucional n.º 80/2014, o que, segundo Caio Paiva, alteraria o entendimento acerca da matéria:

Por outro lado, a EC 80/14, posterior ao julgamento da AD 230, explicitou a diferença entre a Defensoria Pública e a advocacia (pública e privada), separando-a, inclusive, em Seções diversas no texto constitucional. Não se trata, conforme muito bem adverte Sarmento, de se defender uma suposta “constitucionalização superveniente” de dispositivo da LC 80 pelo advento da EC 80, e isso porque a prerrogativa do poder de requisição já tinha a sua validade e a sua conformidade constitucional desde a sua instituição[2].

4. CONCLUSÕES

A prerrogativa da requisição é imprescindível à concretização do direito fundamental à assistência jurídica integral e gratuita e, por isso, dotada de eficácia imediata, não podendo ser restringida ou limitada, já que necessária à efetivação das funções institucionais da Defensoria Pública previstas no texto constitucional, como a tutela dos direitos individuais e coletivos, a promoção dos direitos humanos a resolução extrajudicial dos

conflitos, estando legitimada, assim, pela teoria dos poderes implícitos (art. 5, LXXIV, §1º, art. 134, “caput”, da CF).

Não há que se falar em violação à paridade de armas ao passo que esta está ligada ao princípio da igualdade que determina não apenas tratar a todos igualmente em situações iguais, mas desigualmente os desiguais na medida de suas diferenças. Desta maneira, impõe-se reconhecer que a assistência prestada pela Defensoria Pública objetiva a proteção de pessoas vulneráveis, que possuem extrema dificuldade em obter a prova de suas pretensões, diante de suas hipossuficiências tanto econômica, como jurídica, informacional, social, o que se apresenta como um empecilho ao acesso à justiça na medida em que, muitas vezes, deixam de exigir seus direitos em virtude dos obstáculos burocráticos a que lhe são impostos e que se tornam determinantes quando conjugados com sua vulnerabilidade.

A requisição muito mais do que uma prerrogativa do Defensor Público, é um direito fundamental do assistido, pois inerente à concretização do direito ao acesso à justiça, seja pela via judicial ou extrajudicial, de modo a permitir um número maior de pessoas com seus direitos garantidos e respeitados através da atuação da Defensoria Pública, tanto pela tutela individual como coletiva, como forma de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, contribuindo para a erradicação da pobreza, marginalização, redução das desigualdades e para promover o bem de todos sem qualquer tipo de preconceito (art. 3º, I, III, IV, da CF).

Assim, verifica-se que a requisição se torna imprescindível à consecução dos objetivos do Estado Democrático de Direito, pois sem ela as camadas mais vulneráveis da população se veriam impedidas de concretizar seus direitos, por não terem informação acerca de sua obtenção, ou por não possuírem meios de obtê-los, ou, ainda, por não conseguirem fazer prova de suas pretensões, o que contribuiria para o crescimento desenfreado da estigmatização, marginalidade e desigualdade dos setores mais desprovidos da sociedade, indo de encontro com o objetivo constitucional da instituição da Defensoria Pública.

Ausente a referida prerrogativa, seria inócua o direito constitucional do acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da CF), da assistência jurídica integral e gratuita, bem como da própria Defensoria Pública na concretização de suas funções institucionais, já que tais direitos estariam assegurados apenas formalmente sem qualquer exigibilidade material.

Por tudo o que foi exposto, verifica-se de suma importância uma nova interpretação da prerrogativa de requisição nos contornos definidos tanto pelo poder constituinte originário, como pela EC 80/14, que estabeleceu o caráter constitucional à tutela coletiva, à promoção de direitos e a missão extrajudicial de resolução de conflitos, para, então, reconhecer a importância ferramenta na concretização dos objetivos do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS:

ARRUDA, Viviane Magalhães Pereira. A prerrogativa de requisição dos Defensores Públicos e o julgamento do Supremo Tribunal Federal na ação direta de inconstitucionalidade nº 230. Disponível em: . Disponível em: 26.10.2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 230. Requerente: Governadora do Estado do Rio de Janeiro. Interessado: Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Relatora: Cármen Lúcia. Rio de Janeiro, 5 de abril de 1990. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 26.10.2017.

PAIVA, Caio. Prática Penal para Defensoria Pública. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

RÉ, Aluísio Lunes Monti Ruggeri. Manual do Defensor Público. Salvador: Juspodivm, 2016.

SOUZA, Marcel Joffily. O poder de requisição do Defensor Público e sua constitucionalidade: prerrogativa, garantia e a razoável duração do processo. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/40194/o-poder-de-requisicao-do-defensor-publico-e-sua-constitucionalidade-prerrogativa-garantia-e-a-razoavel-duracao-do-processo>. Acesso em: 26.10.2017.

NOTAS:

[1] PAIVA, Caio. **Prática Penal para Defensoria Pública**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

[2] PAIVA, Caio. **Prática Penal para Defensoria Pública**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

A IMPORTÂNCIA DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL E A SOLUÇÃO DE LIDES NA COMARCA DE PERDIZES/MG

MARISTELA APARECIDA DUTRA

CRISTOPHER DAVIS RODRIGUES DA SILVA

RESUMO: O trabalho que ora se apresenta originou-se da necessidade da garantia ao acesso à Justiça, indiscutivelmente, um dos objetivos colimados pela Lei 9.099/95, pelo surgimento de conflitos que precisam ser dirimidos de forma rápida e adequadamente. A motivação se deu pela necessidade de resposta à indagação: Como tem sido a atuação e a celeridade dos processos no Juizado Especial Cível da Comarca de Perdizes? Para a possível busca pela resposta, objetivou-se, analisar a importância do Juizado Especial Cível na solução de lides, na Comarca de Perdizes/MG; bem como, de maneira específica, compreender a fundamentação legislativa do Juizado Especial e os aspectos teóricos que envolvem os Juizados Especiais Cíveis. Buscou-se, ainda, analisar a competência dos Juizados Especiais Cíveis quanto ao território, à matéria, ao valor atribuído à causa, etc.. Outro ponto o qual fundamentou o estudo foi analisar os dados do Juizado Especial Cível na Comarca de Perdizes, avaliando a celeridade na solução dos conflitos. Para tanto, foi realizada uma vasta pesquisa bibliográfica, verificando os posicionamentos de diversos autores; enriquecendo, assim, o estudo desenvolvido.

ABSTRACT: The present work originated from the necessity of guaranteeing access to Justice, arguably one of the objectives collated by Law 9.099/95, for the emergence of conflicts that need to be resolved quickly and adequately. The motivation was due to the need to answer the question: How has the action and speed of the proceedings in the Special Civil Court of the County of Perdizes? For the possible search for the answer, the objective was to analyze the importance of the Special Civil Court in the settlement of lides, in the Comarca of Perdizes/MG; as well as, in a specific way, to understand the legislative grounds of the Special Court and the theoretical aspects that involve the Special Civil Courts. It was also sought to analyze the jurisdiction of the Special Civil Courts in terms of territory, matter, value attributed to the cause, etc. Another point on which the study was based was to analyze the data of the Special Civil Court in the Comarca de Perdizes, the speed in solving conflicts. For that, a vast bibliographical research was carried out, verifying the positions of several authors; thus enriching the study developed.

Keywords: Civil Court; Perdizense claim; Access to Justice.

Palavras-chave: Juizado Cível; Demanda Perdizense; Acesso à Justiça.

I INTRODUÇÃO

Os Juizados Especiais Cíveis foram criados pela Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, com vistas a atender o comando previsto no Art. 98, I da Constituição Federal de 1988. Logo após a sua criação, tornou-se um dos mais importantes segmentos da máquina judiciária brasileira, por suas qualidades de justiça célere, acessível e eficiente.

Acerca desse instituto, que se mostra de importância crucial para a solução das querelas de pequena expressão econômica no ordenamento jurídico brasileiro, urge estabelecer considerações de grande relevância, conforme se verá no decorrer do trabalho.

Espera-se que o presente estudo seja o eixo motivador para que outras pesquisas sejam desenvolvidas sobre o tema; o que, possivelmente, promoverá novas discussões, análises e fontes de estudo.

O trabalho terá sua organização voltada para a apresentação dos mais diferentes posicionamentos, numa busca bibliográfica, sendo finalizado com uma pesquisa de campo, cuja análise tomaram-se os dados do Juizado Especial Cível da Comarca de Perdizes/MG.

O primeiro capítulo tratará dos aspectos gerais do Juizado Especial Cível, como seus princípios e fundamentação teórica. Assim, o segundo capítulo abordará os aspectos teóricos sobre o Juizado Especial Cível, bem como sua fundamentação, de acordo com a Constituição Federal. Na busca por compreender a abrangência do Juizado Especial Cível, o terceiro capítulo apresentará a competência do Juizado Especial, em razão do lugar, da matéria e do valor.

O quarto capítulo será marcado pelo levantamento de dados do Juizado Especial Cível da Comarca de Perdizes, tendo, assim, uma visão real da sua importância e celeridade na resolução de lides.

2 JUIZADO ESPECIAL CÍVEL: Princípios e Fundamentação Teórica

Na busca por compreender a finalidade do Juizado Especial Cível, em sua essência criadora, deve-se fazer referência aos Juizados Especiais de Pequenas Causas, instituídos pela Lei 7.244/84, os quais, ao tempo de sua instituição, representaram um marco legislativo, por seu caráter inovador e ambicioso (DINAMARCO, 1986).

O Juizado de Pequenas Causas trouxe, no seu bojo, uma série de novos princípios e paradigmas, os quais pretendiam romper a arcaica estrutura processual, fundada no formalismo da jurisdição civil comum; buscando, assim, alcançar o objetivo de facilitar o acesso à Justiça, por parte dos menos favorecidos na sociedade; e, tornando-o mais célere e eficaz, bem como funcionando como mecanismo de pacificação social. (DINAMARCO, 1986)

Ressalta-se, até aquele momento, a sociedade contemporânea não dispunha de ferramentas jurídicas que pudessem concretizar suas pretensões de forma mais rápida e com

resultados esperados; o que fazia aumentar a descrença e a insatisfação com a jurisdição, bem como o crescimento da quantidade de litígios que não eram propostos ou mesmo solucionados, devido à grande lentidão da Justiça Civil comum.

E, nesse diapasão, o legislador pretendeu criar um mecanismo de pacificação social, como forma de abrandar as expectativas dos jurisdicionados, ao passo que pôde garantir um modelo especial mais célere, eficaz e acessível, “além de permitir que o serviço jurisdicional apresente resultados úteis ao solucionar prontamente os conflitos, antes que eles se expandam e cheguem a incomodar mais do que o aceitável” (DINAMARCO, 1986).

Cumpre salientar, em sua criação, 1984, antes do advento da Constituição Federal de 88, o Juizado Especial de Pequenas Causas já trazia, em seu cerne, o objetivo de garantir o acesso ao Poder Judiciário, de forma mais simples e célere, a todo cidadão que sofria com os custos processuais, perante a Justiça comum, para pleitear pequenas causas.

Nesse sentido, é pertinente enfatizar a doutrina de Dinamarco¹ (1986), assinalando que

O mesmo art. 1º, que autoriza a criação desse órgão judiciário, di-lo competente para processo e julgamento, por opção do autor, das causas de reduzido valor econômico. Concebido para ampliar o acesso ao Poder Judiciário e facilitar o litígio para as pessoas que sejam portadoras de pequenas postulações (especialmente para as menos dotadas economicamente), a lei erigiu o próprio interessado em juiz da conveniência da propositura de sua demanda perante o Juizado Especial das Pequenas Causas ou no juízo comum – e, com isso, deu mais uma demonstração de que não se trata de discriminar pobres e ricos, uma vez que continuam aqueles, querendo, com a possibilidade de optar por este e pelo procedimento mais formal e demorado que ele oferece.

Corroborando com o mesmo tema, FRIGINI² afirma que “A Lei de Pequenas Causas não resolveu de todo o problema, mas inegavelmente aproximou da justiça o cidadão de baixa renda, fazendo-o vir aos umbrais do judiciário na certeza da composição rápida de seu litígio”.

É nesse âmbito sócio-jurídico, inspirado pela Lei 7.244/84, Lei dos Juizados das Pequenas Causas, que o legislador constituinte de 1988, em seu no Art. 98, I da Carta Magna, inseriu a previsão dos Juizados Especiais Cíveis, como forma de ratificar o sucesso da experiência, já implantada pela Lei 7.244/84; com o diferencial de que a nova Lei, futura Lei 9.099/95, viria aprimorar aquele sistema existente.

Os Juizados Especiais Cíveis trouxeram consigo a importante missão de proporcionar uma prestação jurisdicional mais célere, sem, contudo, afrontar o importante princípio

1 DINAMARCO, Cândido Rangel. **Manual das Pequenas Causas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

2 FRIGINI, Ronaldo. **Comentários à Lei de Pequenas Causas**. São Paulo: Livraria de Direito, 1995, p.27.

constitucional do contraditório e ampla defesa; nem tampouco tirar a eficácia e justiça das decisões.

Os Juizados Especiais foram criados para facilitar o acesso à Justiça, na medida em que desburocratizaram os procedimentos e reduziram os custos da ação judicial. Assim, na criação dos Juizados, o legislador se preocupou em recuperar a credibilidade da população na Justiça, sobretudo das camadas mais carentes da sociedade, afastando o custo do processo, a morosidade e o formalismo do processo civil.

Ao analisar o tema, Demócrito Ramos Reinaldo Filho³ considerou os Juizados Especiais como a maior obra de arquitetura judiciária dos últimos tempos; podendo ser encarado como um marco de uma significativa onda de renovação dos serviços judiciários.

2.1 OS PRINCÍPIOS NORTEADORES DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS

Esse rito processual está regularizado pela Lei 9.099/95, que prevê em seu Artigo 2º, os princípios que iluminam os Juizados Especiais Cíveis, responsáveis por nortear seus procedimentos, estando assim disposto

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.

Assim sendo, verifica-se que o objetivo da Lei, foi dar mais celeridade e econômica processual, procurando sempre a conciliação ou a transação, visando dar mais efetividade ao acesso à justiça.

A Lei n. 9.099/95 estabelece rito extremamente simplificado para amenizar as dificuldades inerentes ao procedimento comum, de modo que não se pode afastar do autor a faculdade de optar pelo rito mais completo, se sua intenção for discutir mais profundamente a causa.

2.1.1 Princípio da Oralidade

Ao contrário do procedimento da Justiça comum, onde os atos processuais são eminentemente escritos, nos Juizados Especiais Cíveis, a formalidade escrita cede seu lugar à prevalência dos atos informais, celebrados oralmente.

A própria Constituição Federal, em seu Art. 98, I, contemplou o princípio da oralidade, determinando que o processo nos Juizados Especiais Cíveis deve ser impulsionado “[...] mediante os procedimentos oral e sumaríssimo [...]”.

³ REINALDO FILHO, Demócrito Ramos. **Lei n. 9.099/1995 – Juizados especiais**. Recife: Bagaço, 1996.

Como se viu no texto constitucional, o legislador pretendeu deixar bem claro a orientação do processo postulado pela via especializada, com base na observação do princípio da oralidade; retirando do legislador infraconstitucional qualquer interferência no sentido de tornar o processo, nos Juizados Especiais, pautado em atos absolutamente escritos.

Importante ressaltar, todavia, que não existe em qualquer processo uma adoção absoluta de atos somente escritos ou puramente orais. O que a Lei 9.099/95 prega é a predominância da forma oral, em razão de toda a sistemática principiológica que permeia o processo nessa Justiça especializada; ou seja, coadunando os demais postulados da celeridade, economia processual e simplicidade das formas.

REINALDO FILHO assim dispõe sobre o assunto

O procedimento do Juizado Especial constitui a verdadeira essência do processo oral sustentado por Chiovenda, assinalado naquelas outras facetas que lhe completam realmente a nota de utilidade: a concentração dos atos processuais, a imediatidade do julgador no contato com os fatos e as provas e a irrecorribilidade das decisões interlocutórias. A oralidade do procedimento, no seu aspecto da concentração dos atos processuais, traduz-se numa dinâmica em que todos os atos de instrução praticam-se de uma só vez, ou em lapso de tempo o mais breve possível. (REINALDO FILHO, 1996).

Depreende-se, portanto, a partir de Reinaldo que o princípio da oralidade, permite um contato imediato do julgador com os fatos e as provas, dando mais agilidade ao trâmite processual.

O verdadeiro sentido de se adotar a oralidade como critério de orientação dos procedimentos nos Juizados Especiais Cíveis, está na necessidade de garantir uma maior proximidade do Magistrado às partes litigantes, já que se trata de direito de pessoas que buscam a simplicidade da Justiça, com conflitos minuciosos que exigem um maior cuidado ao se aplicar a norma.

Portanto, o princípio da oralidade é senão o princípio norteador dos demais princípios informativos dos Juizados Especiais; sendo aquele que sintetiza todos os postulados em sua realização. Em outras palavras, ao observar as regras da oralidade e suas sub-regras, estar-se-á, por conseguinte, contemplando as diretrizes da celeridade, da simplicidade das formas e da economia processual.

2.1.2 Princípio da Simplicidade

Tendo como parâmetro o princípio da simplicidade, o procedimento do Juizado Especial deve ser simples, sem aparato, natural, espontâneo, a fim de deixarem os interessados à vontade para exporem as suas pretensões e a resistência equivalente. Utilizando o significado real da palavra simplicidade, o dicionário Aurélio, assim, a define: é a “qualidade do que é simples, do que não apresenta dificuldade ou obstáculo”

A simplicidade nos Juizados Especiais significa que não deve haver incidentes processuais, por exemplo; devendo toda a matéria de defesa estar na contestação, com exceção apenas das arguições de suspeição e impedimento.

Assim, a simplicidade do ato é uniforme, ou seja, quanto mais simples forem as causas, mais simples serão os procedimentos para sanarem os conflitos. Decerto, os atos estão ligados às noções de celeridade nas resoluções das lides.

Reinaldo Filho (1996) sintetiza de forma brilhante o princípio da simplicidade, afirmando

A simplicidade procedimental, elevada à categoria de princípio informativo do processo especial, está ligada à noção da rapidez na solução dos conflitos, depende de que o processo seja simples no seu tramitar, despido de exigência nos seus atos e termos, com a supressão de quaisquer fórmulas obsoletas, complicadas ou inúteis. A simplicidade dos atos e termos é, realmente, uma constante em todo o processo especial. (REINALDO FILHO, 1996, p.36)

Por Reinaldo, há de se considerar que a simplicidade do ato é uniforme, ou seja, quanto mais simples forem as causas, mais simples serão os procedimentos para sanarem os conflitos.

2.1.3 Princípio da Informalidade

Pela expressão literal, informalidade consiste na qualidade daquilo que não tem forma, padrão ou estrutura. No âmbito do Direito, não se pode conceber um fenômeno jurídico despido integralmente de forma, pois é ela que delimita seu conteúdo e a diferencia dos demais fenômenos. A forma representa, em última instância, a própria materialização de um fenômeno jurídico.

Nesse contexto, o Direito Brasileiro adotou a diretriz, segundo a qual as manifestações de vontade não têm forma pré-determinada; exceto quando a Lei assim estabelecer. Reconhecendo, também, que a cultura nacional é profundamente impregnada pela formalidade.

Analisando dentro de uma perspectiva jurídica, o processo, como elemento integrante do universo cultural, não poderia ficar imune a isso. Nessa direção, o princípio da informalidade defende que os atos processuais devem ser praticados com o mínimo de formalidade possível. Retirando as formalidades, o ato se torna mais simples, econômico e efetivo. É preciso lembrar, entretanto, que existem formas que são essenciais (integram o conteúdo do ato) e formas não essenciais (circunstanciais ao conteúdo do ato).

Afastar formas essenciais do ato, na maioria das vezes, pode comprometer o seu conteúdo e a sua validade. Assim sendo, o princípio da informalidade pode ser definido como a busca pela eliminação das formas não essenciais do ato para que ele possa ser praticado.

Compreendendo o princípio da informalidade, é perceptível a inserção no texto legal de dois princípios diretamente relacionados; sendo eles, o princípio da instrumentalidade das formas (Artigo 13, *Caput*) e o princípio do prejuízo (Artigo 13, §1º).

Eis a redação do Artigo 13 da Lei nº. 9.099/1995:

Art. 13. Os atos processuais serão válidos sempre que preencherem as finalidades para as quais forem realizados, atendidos os critérios indicados no art. 2º desta lei.

§1º Não se pronunciará qualquer nulidade sem que tenha havido prejuízo.

§2º A prática de atos processuais em outras comarcas poderá ser solicitada por qualquer meio idôneo de comunicação.

§3º Apenas os atos considerados essenciais serão registrados resumidamente, em notas manuscritas, datilografadas, taquigrafadas ou estenotipadas. Os demais atos poderão ser gravados em fita magnética ou equivalente, que será inutilizada após o trânsito em julgado da decisão.

Diante do Artigo supra, THEODORO JÚNIOR (2009)⁴ estabelece que declaração da nulidade do ato dependerá de demonstração do correspondente prejuízo (*pas de nullité sans grief*); e, aquele, que ao processual é válido, ainda que praticado de forma diversa da prevista em Lei, desde que atinja a sua finalidade. Por certo, tais princípios não se voltam para as chamadas nulidades absolutas, que, segundo a melhor doutrina, não se convalidam.

Assim, tem-se que a informalidade é a possibilidade de se prescindir das formas não essenciais do ato, para melhor atingir seus objetivos, sem causar prejuízo.

2.1.4 Princípio da Economia Processual

Desde o início do século XX, Giuseppe Chiovenda já falava que o processo efetivo deve dar a quem tem um direito, na medida do possível, tudo aquilo e precisamente aquilo a que ele tem direito. Dessa forma, deve-se buscar atribuir a todos os atos processuais a maior carga de efetividade possível.

O princípio da economia processual, na lição clássica de Chiovenda (1985) orienta para a obtenção do resultado máximo da Lei, com o mínimo emprego possível de atividade jurisdicional; devendo o operador do sistema evitar a prática de atos desnecessários e onerosos a fim de se alcançar a rápida solução do litígio.

De acordo com a melhor doutrina, economia processual significa obter o maior resultado com o mínimo de emprego da atividade jurisdicional. Tirar o máximo de proveito de um processo é torná-lo efetivo, transformando-o num processo de resultados.

Cumprido citar a definição de Américo Canabarro (1997)⁵, que diz:

4 THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v.1. p.257.

5 CANABARRO, Américo. **Estrutura e dinâmica do processo judiciário**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

O princípio da economia dos atos processuais consiste na preterição de atos ou formalidades que se tornaram desnecessárias, no curso do processo, em proveito da celeridade da marcha processual. Ocorre, por exemplo, quando o juiz, suprindo alguma nulidade ou corrigindo certa irregularidade, aproveita os atos anteriormente praticados, aos quais o vício não contaminou. (CANABARRO, 1997, p.116).

Como se vê da definição acima extraída, o princípio da economia processual está ligado à conciliação entre a manutenção dos atos processuais já praticados, desde que não eivados de vícios e irregularidades, o que representa um benefício à economia judiciária; e, a celeridade do trâmite do processo, que é de fundamental interesse para o jurisdicionado.

Ressalte-se que, pela própria sistemática dos Juizados Especiais Cíveis, cujo objetivo é a transposição dos obstáculos de formalismos exagerados e exigências burocráticas comuns à Justiça não especializada, é que se procurou dinamizar o andamento dos processos que têm seu curso pela via judiciária especial.

2.1.5 Princípio da Celeridade

De acordo com tal princípio, o processo deve ter uma solução rápida, de forma que possa atender à sua finalidade; devendo poder satisfazer o interesse do cidadão que submeteu seu litígio à tutela jurisdicional, quando necessitava de uma solução eficaz em relação ao tempo em que ela seja útil.

O princípio da celeridade, possibilita a dinamização da prestação jurisdicional. Nas lições de BONADIA:

A celeridade, no sentido de se realizar a prestação jurisdicional com rapidez e presteza, sem prejuízo da segurança da decisão. A preocupação do legislador com a celeridade processual é bastante compreensível, pois está intimamente ligada à própria razão da instituição dos órgãos especiais, criados como alternativa à problemática realidade dos órgãos da Justiça comum, entevada por toda sorte de deficiências e imperfeições, que obstaculizam a boa fluência da jurisdição. A essência do processo especial reside na dinamização da prestação jurisdicional, daí por que todos os outros princípios informativos guardam estreita relação com a celeridade processual, que, em última análise, é objetivada como meta principal do processo especial, por representar o elemento que mais o diferencia do processo tradicional, aos olhos do jurisdicionado. A redução e simplificação dos atos e termos, a irrecorribilidade das decisões interlocutórias, a concentração dos atos, tudo, enfim, foi disciplinado com a intenção de imprimir maior celeridade ao processo (BONADIA NETO, 2006, p.6).

Pelo o que afirma Bonadia, a celeridade processual é objetivada como meta principal do processo no juizados especiais, em contraponto, com o processo tradicional.

Não restam dúvidas de que os Juizados Especiais Cíveis, por excelência, têm como principal meta a realização do postulado da celeridade; devendo constituir um aparato judicial de rápida composição de litígios, “viabilizando-se o mais rapidamente possível a cicatrização da ferida que a contenda significa no seio da sociedade”. (SODRÉ, 2005, p.6).

É, justamente, na sua função de ser célere que reside o diferencial dos Juizados Especiais Cíveis, da Justiça comum. Não fosse pela necessidade de dispor de um instrumento que dinamizasse e reduzisse o “tempo de vida” das demandas judiciais no ordenamento jurídico brasileiro, o legislador não teria construído uma Lei especial que regulamentasse tal procedimento (REINALDO FILHO, 1996, p.38-39).

3 COMPETÊNCIA DO JUÍZADO ESPECIAL CÍVEL

Juridicamente, o termo competência representa o poder de um órgão jurisdicional em fazer atuar a jurisdição, diante de um caso concreto; é o poder de exercer a jurisdição nos limites estabelecidos em Lei.

Competência é um termo de origem latina que, em sua acepção jurídica, significa a atribuição da aplicação da Lei a determinada pessoa; no caso, o juiz ou tribunal, para a decisão de certas questões. Dizer que uma pessoa é competente significa dizer que ela é plenamente apta para a desenvoltura de certa atividade; afastando para aquela atividade as pessoas incompetentes para tal.

A competência dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais foi recepcionada pela Lei 9099/95, no Artigo 3º, estabelecendo como critérios o valor e a matéria. O referido Artigo estabelece que os Juizados Especiais Estaduais têm competência para processar e julgar as causas cíveis de menor complexidade; assim consideradas: as causas cujo valor não exceda 40 vezes o salário mínimo; as causas enumeradas no Artigo 275 II, do Código de Processo Civil, qualquer que seja o valor; e, as ações de despejo para uso próprio e as ações possessórias sobre bens imóveis de valor não excedente a 40 salários mínimos.

Assim dispõe o Artigo 3º, da Lei 9.099:

Art. 3º - O Juizado Especial Cível tem competência para conciliação, processo e julgamento das causas cíveis de menor complexidade, assim consideradas:

- I - as causas cujo valor não exceda a quarenta vezes o salário mínimo;
- II - as enumeradas no art. 275, inciso II, do Código de Processo Civil;
- III - a ação de despejo para uso próprio;
- IV - as ações possessórias sobre bens imóveis de valor não excedente ao fixado no inciso I deste artigo.

Dessa feita, a competência se refere à ao valor da causa não superior à 40 (quarenta) salários mínimos, e, em razão da matéria em três situações: nos casos do artigo 275, II do CPC de 1973, para a ação despejo para uso próprio; e nas ações possessórias sobre bens imóveis de valor não excedente à 40 (quarenta) salários mínimos

No Parágrafo 2º do mesmo Dispositivo, a Lei exclui do âmbito de julgamento do Juizado Especial em algumas matérias, assim enumeradas: causas de natureza alimentar, falimentar, fiscal e de interesse da Fazenda Pública; relativas à acidente de trabalho, a resíduos e ao estado e à capacidade das pessoas.

3.1 CAUSAS DE MENOR COMPLEXIDADE

O legislador utilizou-se de duplo critério para delinear a competência dos Juizados Especiais: o quantitativo e o qualitativo; este diz respeito à matéria objeto da lide; enquanto aquele, ao valor da controvérsia. Essa assertiva pode ser, facilmente, verificada pela literalidade dos Incisos I, II, III e IV, todos do Art. 3º, bem como do Inciso II, §1º, do mesmo Artigo.

Dentro desse aspecto TOURINHO NETO⁶ (2011) discorre

Esses incisos são regidos pela cabeça de seu artigo, exigindo que se faça entre eles uma harmonização e interpretação sistemática e teleológica com o inciso I do art. 98 da Constituição Federal. A respeito dos métodos exegéticos, já dizia CARLOS MAXIMILIANO que não se interpreta a lei, mas o Direito. Lembra-nos ainda que “já se não admitia em Roma que o juiz decidisse tendo em mira uma parte da lei; mais cumpria examinar a norma em conjunto: Incivile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula ejus proposita, judicare vel respondere – ‘é contra o Direito julgar ou emitir parecer, tendo diante dos olhos, ao invés da lei em conjunto, só uma parte da mesma’”. Em outras palavras, há que se interpretar o sistema jurídico em seu todo, visto como um complexo aberto de múltiplos preceitos coordenados entre si, cujo funcionamento e atuação estruturam-se organizadamente. Esse ponto que levantamos é de grande importância em face da orientação emanada da Lei Maior e da norma infraconstitucional, que toma por base as causas cíveis de menor complexidade para definir a competência dos Juizados Especiais, considerando, para tanto, o critério valor e da matéria. (TOURINHO NETO, 2011, p.90-91)

Na afirmação de Tourinho, compreende-se que a interpretação da lei deve ser sistemática e em conjunto para se determinar as causas cíveis de menor complexidade.

Como já mencionado, o Artigo 98, I da Constituição Federal determina que cabe ao Distrito Federal e aos Territórios, juntamente com a União, criarem os Juizados Especiais os quais terão competência para processar, julgar e executar causas de menor complexidade.

O problema surge com a definição de causas de menor complexidade. Em posição majoritária na doutrina e na jurisprudência, causas de menor complexidade são aquelas que não necessitam de prova pericial; ou, qualquer outro instituto que necessite da paralisação do processo. Disso resultou a não permissão da prova pericial nos trâmites do microsistema, de acordo com a Lei Especial Estadual – os Artigos 32 a 35 fazem menção apenas à prova oral, documental, inspeção judicial e a inquirição de técnicos da confiança do juiz - justamente com o escopo do alcance de um processo célere e econômico. O próprio legislador infraconstitucional diz respeito à necessária harmonia entre o conflito e a adequada necessidade de produção de

⁶TOURINHO NETO, Fernando da Costa, Juizados especiais estaduais cíveis e criminais: comentários à Lei 9.099/90. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

provas de que ele necessita; se o conflito exigir produção de prova pericial é porque apresenta grande ou considerável grau de complexidade.

Não obstante, a prova pericial, segundo a análise da jurisprudência, vem sendo admitida, quando esta não conflitar com os princípios informadores do microsistema. Nessa celeuma, observa-se que os Tribunais Superiores vêm tentando efetivar o princípio da celeridade na Justiça Especial, fazendo interpretação extensiva do Artigo 35, da Lei 9099/95 que não faz referência expressa à possibilidade desse tipo de prova; porém, admitindo-a quando condizente com o rito sumaríssimo.

Em detrimento desse novo posicionamento que vem sendo consolidado pouco a pouco na jurisprudência, a posição majoritária, ainda, dispõe que a prova pericial é fator excludente de competência da Justiça Especial, devido, principalmente, ao fator da economia processual; haja vista que a prova pericial, na maioria das vezes, necessita de valor considerável em dinheiro; e, como é sabido, a Justiça Especial em primeiro grau é gratuita.

Se de um lado estaria ganhando celeridade, por outro o Judiciário estaria gastando mais. Todavia, percebe-se que as causas de menor complexidade devem ser analisadas diante de caso concreto e de acordo com suas especialidades; o juiz deve analisar o caso e decidir pela competência ou incompetência do microsistema.

TOURINHO NETO (2011), também, posicionou-se sobre esse assunto afirmando que

Aliás, a menor complexidade que inspirou o legislador constituinte e infraconstitucional diz respeito a necessária adequação e harmonia que deverá sempre haver entre o instrumento e a relação de direito material conflituosa, objeto da cognição e, por conseguinte, no que tange à produção de provas mais simplificadas. A Lei é omissa sobre essas hipóteses, limitando-se a dispor no art. 35 o seguinte: “Quando a prova do fato exigir, o juiz poderá inquirir técnicos de sua confiança, permitida às partes a apresentação de parecer técnico”. Contudo, poucas não serão as vezes em que o Juiz instrutor terá de valer-se não da “inquirição” de técnico, mas de verdadeira prova pericial, o que é inadmissível nos Juizados Especiais por ser incompatível com o princípio da oralidade em grau máximo, atentado contra a concentração dos atos, simplicidade, celeridade e economia. Nesses casos, para que nos mantenhamos fiéis ao requisito constitucional da menor complexidade da causa e do princípio da oralidade que deve orientar todo o processo, parece-nos que a solução está em um Juiz declarar-se incompetente (de ofício ou mediante requerimento de qualquer dos litigantes) e remeter as partes às vias ordinárias, extinguindo o processo sem resolução de mérito (art.51, II) ou determinar a redistribuição imediata dos autos, se as partes estiverem representadas por advogado, em razão da inadmissibilidade procedimental específica, diante da complexidade assumida pela demanda após a audiência infrutífera de conciliação. (TOURINHO NETO, 2011, p.120-121).

Portanto, há de se destacar, conforme Tourinho, que havendo necessidade de perícia técnica, as partes devem dirimir sua lide na justiça comum.

Contudo, não há que se confundir pequeno valor com reduzida complexidade do litígio, seja em termos fáticos ou jurídicos. Nada obsta que uma ação que não ultrapasse quarenta salários mínimos; em contrapartida, apresente questões jurídicas de alta indagação; não raras vezes acrescidas da necessidade de intrincada produção de prova pericial.

3.2 COMPETÊNCIA TERRITORIAL NO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL

A Lei 9099/95 que criou os Juizados Especiais mostra-nos a competência territorial em seu âmbito, *in verbis*:

Art. 4º É competente, para as causas previstas nesta Lei, o Juizado do foro:

I - do domicílio do réu ou, a critério do autor, do local onde aquele exerça atividades profissionais ou econômicas ou mantenha estabelecimento, filial, agência, sucursal ou escritório;

II - do lugar onde a obrigação deva ser satisfeita;

III - do domicílio do autor ou do local do ato ou fato, nas ações para reparação de dano de qualquer natureza.

Parágrafo único. Em qualquer hipótese, poderá a ação ser proposta no foro previsto no inciso I deste artigo.

Depreende-se, pelo citado, que existem três hipóteses de fixação de competência, como sendo no domicílio do réu, do lugar onde a obrigação deva ser satisfeita ou no domicílio do autor ou do local do ato ou fato, nas ações de reparação de danos.

Nesse sistema simplificado, o autor passa a ter opções outras que o sistema tradicional não lhe oferecia; evitando, inclusive, maiores dúvidas e questões complexas a respeito desse tormentoso tema.

A regra geral que estabelece a competência é o domicílio do réu, que pode ser escolhida em qualquer das hipóteses vertentes. Poder, ainda, o autor escolher, dentro de seu particular interesse, não o domicílio do sujeito passivo, mas o local em que exerça sua atividade econômica ou profissional; ou, de qualquer forma, mantenha estabelecimento, filial, agência, sucursal ou escritório (Inciso I e Parágrafo Único).

Não há, nessa sequência, uma ordem rígida a ser seguida pelo autor, podendo optar por qualquer delas, inclusive fazer a opção pelo foro que não seja onde o réu exerça sua atividade principal, mas que, dentro de sua conveniência, se enquadre numa das situações previstas em Lei.

Tratando-se de obrigação de dar, entregar, fazer ou não fazer, a competência é fixada pelo local em que deva ser satisfeita ou cumprida, seguindo a regra do Código de Processo Civil. Já no caso de ações destinadas à obtenção de reparação de danos, oriundos de qualquer ato, fato ou natureza, a competência pode ser estabelecida tanto pelo domicílio do réu quanto pelo autor; ou, ainda, pelo local do ato ou fato.

É assente que se prorroga a competência territorial se não alegada em tempo oportuno. Todavia, em se tratando de Juizados Especiais, dependendo da particularidade do caso concreto, tem-se entendido que a incompetência pode ser reconhecida pelo Magistrado, de ofício.

4 ESTUDO DE CASO: Juizado Especial Cível da Comarca de Perdizes e sua atuação no ano de 2016

Conforme dados apresentados no site oficial do município de Perdizes⁷, nos primeiros anos do século passado, Francisco Pereira Xavier, abastado proprietário local, deliberou doar, para patrimônio de uma capela em honra à Nossa Senhora da Conceição, algumas terras que lhe pertenciam. A capela foi edificada e começou a crescer ao seu redor um pequeno núcleo populacional, que, de início, era conhecido por Nossa Senhora da Conceição. O povoado passou a Distrito pela Lei Provincial número 2.594, de 3 de janeiro de 1.880, confirmada pela Lei Estadual nº 2, de 14 de setembro de 1891, integrado ao município de Araxá. Em 1.920, em publicação do Serviço Nacional de Recenseamento, o Distrito aparece com o nome de Conceição do Araxá.

A Lei Estadual nº 148, de 17 de dezembro de 1.938, elevou o Distrito à categoria de Município, com o nome atual de Perdizes. O nome, segundo a tradição oral, teria sido sugestão do então Governador Benedito Valadares (que governou Minas Gerais entre 1.933 e 1.945), em referência à ave de mesmo nome, abundante na região e cuja caça, naquela época, era permitida.

Criado a partir do desmembramento territorial do Município de Araxá, em 1938, o Município de Perdizes, de acordo com a previsão das Constituições Federal e Estadual, possui Poder Executivo, representado pelo Prefeito Municipal; Poder Legislativo, representado por 9 (nove) vereadores.

O Município de Perdizes está situado no Triângulo Mineiro, possui 2.457,60 km² de extensão territorial e uma população, de mais de 16.000 (12/2011-estimativa) habitantes. A base econômica do município é a pecuária e a agricultura.

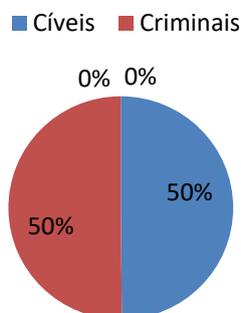
Em 18 de dezembro de 1988, pela Lei 9.548, de 04 de janeiro de 1988, ocorreu a inauguração do Fórum da Comarca de Perdizes, classificada como de entrância inicial, com jurisdição, também, sobre o Município de Pedrinópolis/MG.

4.1 DEMANDA DO JUIZADO ESPECIAL NA COMARCA DE PERDIZES

De acordo com o levantamento de dados, o Juizado Especial da Comarca de Perdizes tem, atualmente, 636 processos ativos; distribuídos na esfera cível e criminal.

⁷ Disponível em: <<http://www.perdizes.mg.gov.br/cidade.php>>. Acesso em: 10 ago.2017.

Processos Juizado Especial Comarca de Perdizes - 2017



O percentual apresentado indica que estão em tramitação no Juizado da Comarca de Perdizes 317 (trezentos e dezessete) processos cíveis e 319 criminais, ou seja, 636 processos ativos no total. Ainda, segundo os dados levantados no ano de 2016, a média era de 800 a 900 processos ativos durante o ano; cerca de 400 processos cíveis ativos, sempre na margem de 50% da demanda do Juizado na Comarca.

4.2 ACORDOS REALIZADOS NA AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO

A conciliação é uma das várias alternativas buscadas pelo Estado a fim de conferir maior eficiência à atividade jurisdicional. O seu objetivo principal é promover a pacificação dos conflitos, uma vez que as próprias partes encontram, de forma consciente, a melhor solução para o litígio, de acordo com a possibilidade de cada uma. Por isso, considera-se a decisão acertada a mais justa possível, com menos chances de inadimplemento do que uma decisão tomada unilateralmente pelo Magistrado.

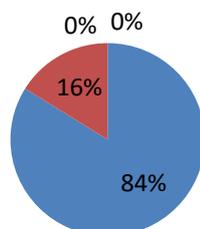
Ademais, por se tratar de uma solução simples e rápida de conflitos, torna-se um incentivo àqueles, que, de outro modo, não ingressariam em juízo, a buscarem o acesso à Justiça.

Outro objetivo da conciliação é evitar o prolongamento da lide, diminuindo substancialmente os custos e o tempo da tramitação e “desafogando” o Poder Judiciário com a redução do número de processos.

No Juizado Especial da Comarca de Perdizes, os dados apontam que os números de acordos realizados nas audiências de conciliação, ainda, são baixos; não atingindo o percentual de 20% dos processos.

Acordos Juizado Especial Cível Comarca de Perdizes - 2016

■ Sem acordo ■ Acordos em audiência



Em regra, para marcar uma audiência de conciliação no Juizado da Comarca de Perdizes, a pauta normal é no intervalo de 15 dias até a primeira audiência. Atualmente, diante do volume da demanda, esse intervalo está em 60 dias. As audiências cíveis são realizadas todas as terças-feiras; sendo, em média de 9 (nove) audiências por semana, com 15 a 20 min de intervalo.

Todas as audiências de conciliação realizadas no Juizado da Comarca de Perdizes são feitas por uma conciliadora que é funcionária pertencente ao quadro do Tribunal de Justiça e responsável direta pelo andamento dos processos no Juizado Especial Cível da Comarca de Perdizes.

BIDART (apud TAVARES, 2002, p. 127) assevera que a conciliação

é um instituto adequado para alcançar a justiça, por parte daqueles mesmos incluídos no conflito, que por isso sabem melhor a que aspiram e que pode satisfazer suas necessidades, na realidade concreta que vivem e no momento e na oportunidade em

Verifica-se, portanto, que, principalmente, no âmbito dos Juizados Especiais, o conciliador tem papel relevante, visto que é figura essencial para a consecução de um dos seus primordiais princípios.

O CNJ – Conselho Nacional de Justiça - criado com a EC nº 45, de 08.12.2004, na denominada “Reforma do Judiciário”, tem como atribuição precípua, conforme a previsão expressa no Artigo 103-B, § 4º da Constituição Federal: “ ... controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes” e passou a partir de 2005, promover a “Semana Nacional de Conciliação”, que tem ocorrido, anualmente, com relativo sucesso.

Trata-se de campanha realizada todos os anos, envolvendo todos os Tribunais Brasileiros, os quais selecionam os processos que tenham possibilidade de acordo e intimam as partes envolvidas para solucionarem o conflito. A medida faz parte da meta de reduzir o grande estoque de processos na Justiça Brasileira.

Os mutirões recomendados pelo Conselho Nacional de Justiça, ao longo dos anos, têm apresentado resultados surpreendentes, com o grande número de acordos obtidos, em todos os ramos da Justiça, nas ações que tratam de direitos disponíveis.

No ano de 2010, no último mutirão ocorrido por ocasião da Semana Nacional de Conciliação, realizado entre 29 de novembro a 03 de dezembro, tivemos o seguinte resultado, divulgado no Portal CNJ – www.cnj.jus.br, assim sintetizados:

Na Justiça Federal:	Audiências marcadas, 31.956; Audiências realizadas, 25.980, ou seja, 81,3%; Acordos efetuados, 14.991, correspondendo a 57.7%;
Na Justiça do Trabalho:	Audiências marcadas, 91.111; Audiências realizadas, 83.560, ou seja, 91,7%; Acordos efetuados, 33.963, correspondendo a 40,6%;
Na Justiça Estadual:	Audiências marcadas, 316.113; Audiências realizadas, 252.405, ou seja, 79,8%; Acordos efetuados, 122.683, correspondendo a 48,6%.

*Fonte: Portal CNJ – www.cnj.jus.br

No total, em números absolutos, a Semana Nacional de Conciliação, no ano de 2010, no âmbito do Poder Judiciário, apresentou os seguintes resultados:

Audiências marcadas: 439.180

Audiências realizadas: 361.945

Acordos efetuados: 171.637

Valores homologados: R\$ 1.074.184.782,44

Número de Tribunais que participaram: 53

Número de pessoas atendidas: 817.376

Analisando os números divulgados pelo CNJ, observa-se que os mutirões de conciliação promovidos pelos diversos órgãos jurisdicionais, têm apresentando, ano após ano, resultados positivos; contribuindo de forma decisiva para a solução mais profícua, menos penosa, dos conflitos submetidos ao Poder Judiciário.

Assim, comparando os dados levantados na Comarca de Perdizes com os obtidos na Semana Nacional de Conciliação percebe-se que é possível alcançar índices maiores nas audiências de conciliação; cabendo a todos os profissionais que trabalham no Juizado Especial, juntamente com o Juiz da Comarca identificar os fatores que têm contribuído positivamente e negativamente sobre os dados apresentados.

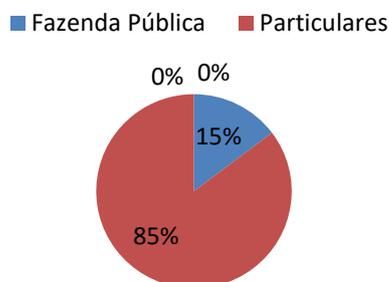
4.3 DEMANDAS FREQUENTES NO JUIZADO ESPECIAL NA COMARCA DE PERDIZES

Conforme definido pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais⁸, a atermação é uma atividade que auxilia o trabalho do juiz, na medida em que a clareza do pedido facilita o andamento do processo. Preza-se por um relato o mais real possível ao fato que forneça informações como nome, profissão, endereço, os motivos do pedido; tudo de forma simples. Depois disso, o funcionário vai "reduzir a termo" o pedido, ou seja, vai escrevê-lo em formulários próprios. É o começo do processo.

No Juizado Especial da Comarca de Perdizes, a média de atermações no mês corresponde a aproximadamente 68 atermações; figurando no polo passivo, em muitas vezes a Fazenda Pública.

⁸ TJMG. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/portal/conheca-o-tjmg/juizados-especiais/atermacao>>. Acesso em: 19jun. 2017.

Polo passivo Juizado Especial Civil Comarca de Perdizes - 2016



A população poderá utilizar-se de dois modos para ingressar no Juizado Especial. Um, por meio de petição inicial, distribuída por advogado; e, a outra, por atermção. Desse modo, a atermção é um dos meios de acesso à Justiça no Juizado Especial.

As pessoas têm se utilizado dessa prerrogativa para requerer soluções relacionadas à saúde, seja pedido de laqueadura, seja exames ou até mesmo medicamentos. O fenômeno conhecido como judicialização da saúde é algo complexo e multifacetado. O tema tem sido constante alvo de críticas e desafios pela administração pública. Uma demanda de indivíduos encaminha-se ao Poder Judiciário, como recurso, para garantir o direito à saúde. A saúde é normatizada pela Constituição de 1988 como direito fundamenta; e, sujeita ao aval do Judiciário quando negligenciada ou ineficiente ao mínimo existencial para a dignidade do indivíduo.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em 1995, em decorrência do Artigo 98, I da Constituição Federal de 1988, foi aprovada a Lei Federal nº 9.099, inspirada na ideia inicial de acesso à Justiça; e, objetivando desafogar o contingente crescente de demandas judiciais brasileiras; trazendo mais eficiência e eficácia à válida experiência do Juizado Informal.

Os Juizados Especiais representam uma grande mudança do Poder Judiciário por se aproximar do povo e de sua linguagem. Nesse universo, a Lei foi promulgada em 26 de setembro de 1995, podendo definir os Juizados como pequenos Tribunais, próximos à comunidade, com um processo simplificado, rápido, sem custos, na maioria de seus atos e priorizando a conciliação como o melhor meio de solucionar os conflitos.

Os problemas gerados pelo inter-relacionamento entre os homens na sociedade e a complexidade da vida moderna implicam o surgimento de conflitos que precisam ser dirimidos de forma rápida e adequadamente. Essas circunstâncias, no momento atual, põem em relevo a

necessidade da garantia ao acesso à Justiça a todos os cidadãos; indiscutivelmente, um dos objetivos colimados pela Lei 9.099/95

Na Comarca de Perdizes/MG, a demanda demonstra que realmente a população tem procurado uma solução mais rápida para seus problemas e as atenuações são uma realidade crescente. Percebe-se, também, que os pequenos lojistas procuram o Juizado para o recebimento do crédito; transformando em um meio eficaz de cobrança. As demandas contra a Fazenda Pública são sempre pedidos relacionados à saúde; demonstrando que a intervenção jurídica se faz presente para garantia da saúde de todos.

O caminho a ser percorrido ainda é longo; no entanto, a evolução legislativa bem como a mudança de postura da própria população faz com que as portas do fórum estejam acessíveis para aqueles que dele precisarem. O mais importante é que a JUSTIÇA, realmente, aconteça; atendendo a quem a recorre.

REFERÊNCIAS

CANABARRO, Américo. **Estrutura e dinâmica do processo judiciário**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997

CHIMENTI, Ricardo Cunha. **Teoria e prática dos juizados especiais cíveis estaduais e federais**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Manual das Pequenas Causas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

FRIGINI, Ronaldo. **Comentários à Lei de Pequenas Causas**. São Paulo: Livraria de Direito, 1995, p.27.

PIZZOL, Patrícia Miranda. **A competência no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

REINALDO FILHO, Demócrito Ramos. **Lei n. 9.099/1995 – Juizados especiais**. Recife: Bagaço, 1996

SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho. **Lei dos juizados especiais cíveis anotada: doutrina e jurisprudência de 21 Estados da Federação**. São Paulo: Saraiva, 1999.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v.1. p.257

TOURINHO NETO, Fernando da Costa, **Juizados especiais estaduais cíveis e criminais: comentários à Lei 9.099/90** – 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011

MEIOS ELETRÔNICOS

Oficial da Cidade de Perdizes/MG - <http://www.perdizes.mg.gov.br/cidade.php>



Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais – TJMG. Disponível em:
<<http://www.tjmg.jus.br/portal/conheca-o-tjmg/juizados-especiais/atermacao>:
Acesso em 19 jun. 2017.



FACULDADE DE ESTUDOS ADMINISTRATIVOS DE MINAS GERAIS
Curso de Pós Graduação em Direito Constitucional

Joelson da Silva Gomes

**COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: A liberdade de imprensa dos
programas policiais e o direito à imagem**

Belo Horizonte – MG

2015

Joelson da Silva Gomes

COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: A liberdade de imprensa dos programas policiais e o direito à imagem

Monografia apresentada ao curso de Pós-graduação em Direito Constitucional da FEAD, como requisito parcial para a obtenção do título de Especialista em Direito Constitucional.

Área de concentração: Direitos fundamentais; Colisão de direitos fundamentais.

Orientador:

Belo Horizonte – MG

2015

Da Silva Gomes, Joelson.

COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: A liberdade de imprensa dos programas policiais e o direito à imagem. Belo Horizonte: 2015.

61f.

Orientador: _____

Bibliografia: 58-59f

- _____ (orientador) II. Título 2. Liberdade de Imprensa 3. Direitos Fundamentais da Personalidade 4. A liberdade de Imprensa dos programas policiais em colisão com o direito à imagem

CDU: _____

Joelson da Silva Gomes

COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: A liberdade de imprensa dos programas policiais e o direito à imagem

Monografia apresentada à coordenação do Curso de Especialização em Direito Constitucional outorgado pela Faculdade de Estudos Administrativos de Minas Gerais – FEAD.

Trabalho de conclusão de curso defendido e aprovado em ____/____/____

Orientador: _____

1º Examinador _____

2º Examinador _____

Presidente da Banca Examinadora – FEAD

DEDICATÓRIA

Em primeiro lugar, dedico este trabalho ao Senhor Jesus Cristo, sem o qual não teria condições de vivenciar este momento tão especial.

Dedico também a minha segunda família que me acolheu em um momento muito especial de minha vida, no qual buscava evolução profissional e pessoal e que me incentivou em toda essa trajetória, em especial, a minha tia/segunda mãe (Dora), ao meu tio/segundo pai (Josuel) e minha prima/irmã (Daniela).

A minha mãezinha (Biga) que mesmo enfrentando sérios problemas de saúde sempre se preocupou com a minha pessoa e formação, sempre me aconselhando e incentivando.

A minha esposa (Laís), pelo amor, carinho e muita paciência em momentos muito atribulados.

A minha sogrinha querida (Araci) e ao meu sogro (Gizone) pelas palavras de motivação e grande carinho demonstrado.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos aqueles que direta ou indiretamente contribuíram para esta conquista.

A todos os professores do curso, com os quais tive a honra de ser subsidiado por informações que contribuíram para o meu desenvolvimento intelectual e profissional.

Aos colegas de trabalho, que sempre me proporcionaram um ambiente agradabilíssimo na busca pelo conhecimento, contribuindo sobremaneira para o meu desenvolvimento pessoal, profissional e intelectual.

“Bem-aventurados os que têm fome e sede de justiça, porque eles serão fartos;

Mateus 5:6”

RESUMO

A resolução de conflitos oriundos da Colisão de direitos fundamentais apresenta-se como um grande desafio aos órgãos judicantes brasileiros. Não raro, haverá a necessidade de restringir algum direito fundamental em benefício de outro direito também fundamental.

Nesse diapasão, tendo em vista a fortíssima influência da mídia na opinião pública, urge analisar o direito à liberdade de imprensa dos programas policiais, que informam a população acerca dos prováveis delitos ocorridos no cotidiano, principalmente, nas grandes metrópoles brasileiras.

Não obstante o caráter fundamental da liberdade de imprensa desses programas e a relevância da informação levada ao público, notam-se em algumas situações conflitos existentes entre tal direito e o direito das pessoas terem sua imagem preservada. Nesse sentido, em quais situações será possível divulgar a imagem do indivíduo, justificando a liberdade de imprensa?

Desse modo, a partir da análise do caso concreto, aplicando-se a teoria dos princípios desenvolvida por Robert Alexy, que retrata a natureza principiológica dos direitos fundamentais, será possível aos órgãos judicantes decidir de maneira mais justa e harmônica.

Palavras-chave: Colisão. Princípios. Proporcionalidade. Sopesamento.

ABSTRACT

The resolution of conflicts arising from the collision of fundamental rights is presented as a challenge to Brazilian judicantes organs. Often there will be the need to restrict some fundamental rights for the benefit of another fundamental right also. In this vein , in view of the very strong influence of the media on public opinion , to urgently address the right to freedom of the press officers of programs that inform the public regarding the potential crimes occurring in everyday life, especially in big Brazilian cities.

Despite the fundamental nature of freedom of the press these programs and relevance of information brought to public notice in some situations conflicts between this right and the right of people to have your image preserved. Accordingly, in situations where you can promote the image of the individual, justifying the freedom of the press? Thus, from the analysis of the case, applying the theory of principles developed by Robert Alexy, who portrays the principled nature of fundamental rights, it will be possible to decide judicantes organs more just and harmonious way.

Keywords: Collision. Principles. Proportionality. Weighting.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	11
2. LIBERDADE DE IMPRENSA	13
<u>2.1 breve histórico do direito à liberdade</u>	13
<u>2.2 Breve histórico da imprensa</u>	15
<u>2.2.1 Conceito de imprensa</u>	18
<u>2.2.2 Espécies de Imprensa.....</u>	19
<u>2.3 Liberdade de pensamento.....</u>	20
<u>2.3.1 Liberdade de opinião e Liberdade de manifestação do pensamento.....</u>	21
<u>2.3.2 Liberdade de comunicação, informação e liberdade de expressão</u>	22
<u>2.4 Breve histórico do direito à liberdade de imprensa no ordenamento jurídico brasileiro</u>	24
<u>2.4.1 Histórico Constitucional.....</u>	24
<u>2.4.2 Histórico Infraconstitucional</u>	27
<u>2.4.3 A liberdade de Imprensa no ordenamento jurídico brasileiro atual.....</u>	27
3. DIREITOS FUNDAMENTAIS DA PERSONALIDADE.....	32
<u>3.1 Conceito de direitos da personalidade.....</u>	32
<u>3.2 Histórico dos direitos da personalidade.....</u>	33
<u>3.3 Caracteres dos direitos da personalidade</u>	35
<u>3.4 O direito à imagem como direito fundamental.....</u>	37
<u>3.4.1 Conceito e Espécies.....</u>	37
<u>3.4.2 Autonomia do direito à imagem.....</u>	40
<u>3.4.3 Breve histórico do direito à imagem no ordenamento jurídico brasileiro.....</u>	40
<u>3.5 Proteção do direito à imagem na legislação pátria atual.....</u>	43
4. A LIBERDADE DE IMPRENSA DOS PROGRAMAS POLICIAIS EM COLISÃO COM O DIREITO À IMAGEM	45
<u>4.1 A liberdade de imprensa dos programas policiais e o direito à imagem</u>	45
<u>4.2 Limitações à liberdade de imprensa e ao direito à imagem</u>	46
<u>4.3 Os direitos fundamentais como princípios.....</u>	47
<u>4.3.1 Diferenças entre Regras e Princípios</u>	48
<u>4.3.2 Colisão entre princípios e conflito entre regras.....</u>	50
<u>4.4 Princípio da proporcionalidade no caso de colisão entre princípios</u>	51
<u>4.5 Análise de Casos concretos à luz da Lei de Colisão</u>	52
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	56
REFERÊNCIAS.....	58
APÊNDICE ..	61

1. INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como base a realização de uma relevante pesquisa no que toca à Colisão de direitos fundamentais. Buscou-se nas literaturas acerca do tema, e bibliografias correlatas de renomados autores, dentre outras fontes, uma abordagem acerca de dois direitos fundamentais: a liberdade de imprensa, no capítulo final enfatizando os programas policiais e o direito à imagem. Desses direitos extraíram-se seus mais variados conceitos, sua evolução ao longo da história, sobretudo no ordenamento constitucional pátrio. No último capítulo foi feita uma análise visando-se identificar algumas situações nas quais um dos direitos fundamentais irá prevalecer a partir da análise do caso concreto, valendo-se da teoria dos princípios desenvolvida por Robert Alexy.

Desse modo, para a feitura dessa monografia, fez-se necessária a realização de uma abordagem inicialmente histórica e conceitual, buscando-se detalhar os institutos: a liberdade de imprensa, o seu surgimento, suas espécies, e sua consolidação no ordenamento jurídico brasileiro e, do outro lado, de igual modo o direito à imagem, trazendo de ambos os direitos seus pontos mais importantes, como seus conceitos, espécies, origem histórica, características, proteção e previsão normativa. Seguindo-se tal parâmetro, o primeiro capítulo tratou da liberdade de imprensa e o segundo capítulo do direito à imagem, destacando, ainda, a natureza personalíssima desse segundo.

No último capítulo do presente trabalho, para a consecução da análise de colisão de direitos fundamentais, buscou-se fundamentação na teoria dos princípios elaborada por Alexy. Assim, quando em algumas situações de colisões entre direitos fundamentais, no caso do presente estudo, de um lado, a liberdade de imprensa dos programas policiais, e, do outro, o direito à imagem, observando-se o princípio da proporcionalidade e suas máximas parciais: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, o julgador poderá valer-se de instrumentos racionais para a resolução do embate.

Nesse sentido, tendo em vista receberem a qualificação de princípios na teoria desenvolvida por esse autor, ao julgador será preciso adotar métodos racionais de resolução de colisões de direitos fundamentais. Com isso, instaurada a colisão de direitos fundamentais, será preciso analisar o caso concreto para saber qual princípio deverá prevalecer frente ao outro, levando-se em consideração a natureza principiológica desses direitos.

Nesse diapasão, será possível ao julgador identificar alguns casos em que o direito à imagem prevalecerá em detrimento da liberdade de imprensa, mais especificamente a imprensa televisiva, na transmissão de programas policiais e outras situações em que ocorrerá a necessidade de decidir de maneira oposta.

Consustancia-se, tal trabalho, em uma importante contribuição para os órgãos judicantes identificarem que, em caso de colisão de direitos fundamentais, a partir da análise do caso concreto, e, valendo-se da teoria dos princípios elaborada por Robert Alexy, será possível seguir um método racional para a tomada de decisão que vise à escolha da concretização de apenas um direito fundamental, qual seja, ou a liberdade de imprensa ou o direito à imagem. Assim, a partir da análise da situação em apreço, quando da colisão desses princípios de mesma prerrogativa constitucional, poder-se-á solucionar o embate com maior uniformidade e justiça.

2. LIBERDADE DE IMPRENSA

2.1 Breve histórico do direito à liberdade

A liberdade consubstancia-se um dos direitos fundamentais de primeira dimensão. Tais direitos visaram coibir os abusos de poder do Estado Monárquico, impondo-lhe através da lei a abstenção Estatal na esfera individual. Era o momento de conquistar a liberdade e os direitos dela decorrentes como o direito de propriedade, direitos civis e políticos, entre outros.

Segundo Paulo Bonavides (2010 pp.563-564), os direitos de primeira dimensão assim caracterizam-se:

Os direitos da primeira geração ou direitos da liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.

Como se pode inferir, são prerrogativas que objetivam proteger o indivíduo isoladamente enquanto sujeito de direito. São direitos individuais, inerentes a cada integrante do corpo social de cada Estado, enquanto conservar a qualidade de administrado.

Esses direitos se materializaram através de declarações de direitos.

As declarações de direitos surgem como um movimento social novo na defesa das liberdades contra o arbítrio e o poder do antigo regime. Na luta histórica entre a liberdade e o poder, entre o indivíduo e o Estado, as declarações de direitos são instrumentos legais de limitações do poder estatal. (FERREIRA; 2002, p.99)

Na Inglaterra, surgiram algumas cartas e estatutos de direitos fundamentais. Dentre tais documentos, o mais conhecido deles é a Magna Carta Inglesa de 1215, assinada em tal ano, mas que só se tornou definitiva em 1225. Não era, pois, um Estatuto de cunho constitucional, “longe de ser a Carta das liberdades nacionais, é, sobretudo, uma carta feudal, feita para proteger os privilégios dos barões e os direitos dos homens livres.”(SILVA, 2010; p. 152, APUD NOBLET) .

Embora a Magna Carta Inglesa e as demais que lhe seguiram (Petition of Rights, 1628; o Habeas Corpus Amendment Act, 1679 e o Bill of Rights, 1688) não sejam “declarações de direitos no sentido moderno”, viabilizaram “ a formação de regras consuetudinárias de mais ampla proteção dos direitos humanos fundamentais”. (SILVA, 2010, pp. 151-152)

As declarações inglesas tiveram, sem dúvida, salutar influência no pensamento liberal das Revoluções Americana e Francesa do século XVIII. A Magna Carta representou “[...] um símbolo das liberdades públicas, nela consubstanciando o esquema básico do desenvolvimento constitucional inglês [...]” (SILVA, 2010, p. 152)

Séculos mais tarde, surgiram outras declarações de direitos. A primeira delas, na acepção moderna do termo, foi a Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia, sendo uma das treze colônias inglesas na América. Ela precedeu a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América.

Consubstanciou o fundamento dos direitos do homem, entre os quais têm-se: “ todos os homens são por natureza igualmente livres e independentes; todo o poder está investido no povo e, portanto, dele deriva, e os magistrados são seus depositários e servos, e a todo tempo por ele responsáveis; o governo é, ou deve ser, instituído para o comum benefício, proteção e segurança do povo, nação ou comunidade” e etc.

Enquanto que, conforme José Afonso da Silva (2010, p. 154), citando Léon Duguit:

As Declarações de Direitos, iniciadas com a da Virgínia, importam em limitações do poder estatal como tal, inspiradas na crença na existência de direitos naturais e imprescritíveis do homem. Contudo a Declaração de Independência, de autoria de Thomas Jefferson e posterior à Declaração de

Virgínia, pois é de 4.7.1776, teve maior repercussão, ainda que não tivesse natureza jurídica como esta última. Nela se destaca especialmente o seguinte trecho: “Consideramos estas verdades como evidentes de per si, que todos os homens foram criados iguais, foram dotados pela Criador de certos direitos inalienáveis; que, entre estes, estão a vida, a liberdade e a busca da felicidade;[..]

Para se ter uma ideia da importância dessas declarações, lembre-se que a Constituição Americana, aprovada na Convenção de Filadélfia, em 17.9.1787, não possuía originariamente uma declaração de direitos e só fora ratificada pelas demais colônias sob a condição de se introduzir uma Carta de Direitos na Constituição. Visou-se, assim, garantir os direitos fundamentais do homem, “dando origem às dez primeiras Emendas à Constituição de Filadélfia, aprovadas em 1791, às quais se acrescentaram outras até 1975, que constituem o Bill of Rights de povo americano, [...] (SILVA, 2010; p. 155)

Logo após, surge a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão na França. Para alguns teóricos, a Carta de Direitos francesa sofreu influência da Revolução Americana, especialmente da Declaração de Virgínia, sobretudo por lhe ser anterior. Entretanto, José Afonso da Silva (2010, p.157) parece ter opinião diversa: “Na verdade, não foi assim, pois os revolucionários franceses já vinham preparando o advento do Estado Liberal ao longo de todo o século XVIII.”

Fazendo uma análise comparativa entre as Declarações Americana e Francesa, José Afonso da Silva (2010, p. 157), citando Jacques Robert aduz que:

A Declaração de Virgínia e a de outras ex-colônias inglesas na América eram mais concretas, preocupadas mais com a situação particular que afligia aquelas comunidades, enquanto a Declaração francesa de 1789 é mais abstrata, “mais universalizante”, de onde seus três caracteres fundamentais, consoante Jacques Robert: a) *intelectualismo*, porque a afirmação de direitos imprescritíveis do homem e a restauração de um poder legítimo, baseado no consentimento popular, foi uma operação de ordem puramente intelectual que se desenrolaria no plano unicamente das ideias; é que, para os homens de 1789, a Declaração dos direitos era antes de tudo um documento filosófico e jurídico que devia anunciar a chegada de uma sociedade ideal; b) *mundialismo*, no sentido de que os princípios enunciados no texto da Declaração pretendem um valor geral que ultrapassa os indivíduos do país, para alcançar valor universal; c) *individualismo*, porque só consagra as

liberdades dos indivíduos, não menciona a liberdade de associação nem a liberdade de reunião; preocupa-se com defender o indivíduo contra o Estado.

Como se depreende de suas características, a Carta de Direitos francesa consubstanciou um Marco para o Estado Liberal, e serviu de base para as nações que vieram a adotar cartas constitucionais nos séculos XIX e XX.

2.2 Breve histórico da imprensa

Conforme Priscila Coelho de Barros Almeida (2009, p. 25) citando Darcy Arruda Miranda “[...] ainda, na pré-história, quando se iniciou a diferenciação das representações puramente artísticas, e daquelas próprias de comunicação, servindo estas últimas de veiculação de fatos e notícias, pode-se falar no nascedouro da imprensa.”

Priscila Coelho de Barros Almeida (2009, p. 25), ainda comenta que:

Ainda na antiguidade, tanto no Egito, como em Roma, e na China já existiam espécies de jornais periódicos manuscritos, trazendo as principais notícias do cotidiano daquelas civilizações, principalmente para as regiões mais distantes, longe dos centros políticos.

No século XIV, em Veneza, importante centro cultural e de negócios da Idade Média, já circulavam as Gazzettas, pequenos jornais semanais, que depois se espalharam por toda a Europa.

Contudo, *Olivier Tosseri em seu artigo* assinala o seguinte:

O alemão Johannes Gutenberg (c. 1400-1468) não inventou, mas sim “reinventou” a imprensa no século XV. A técnica de imprimir com caracteres móveis é, na verdade, asiática, e muito mais antiga. Tudo começou com a criação do papel, obra de chineses no ano 105 da era cristã. O novo material abriu caminho para uma produção, ainda artesanal, de maior número de livros, que se tornaram práticos para manusear e muito mais baratos.

Já existiam a gravura em pedra e a cópia manual. Surgiu, então, a xilografia, praticada principalmente na China e, depois, na Coreia e no Japão do século VII. Os orientais usavam uma prancha de madeira para gravar imagens e textos, que podiam ser reproduzidos por estampagem.

Com a grande contribuição do alemão Johannes Gutenberg tem-se a imprensa como conhecida atualmente, e foi a partir deste modelo que se disseminou a informação com a criação de várias oficinas tipográficas por toda a Europa.

Para Priscila Coelho de Barros Almeida (2009, p. 26):

Conseqüentemente, a partir do século XVI houve o surgimento de jornais e periódicos, que levavam a cabo todo o tipo de notícia; fazendo nascer, já em 1887, por conta dos avanços tecnológicos, as agências de notícias, responsáveis por colher as informações nos mais diversos pontos do mundo e repassá-las às grandes massas sociais.

Mas, se a humanidade levou cerca de quatrocentos anos se utilizando dos meios de informação impressos, salto espetacular ocorreu nos últimos cem anos, quando o homem desenvolveu uma tecnologia incomparável, fazendo nascer meios de comunicação mais ágeis na disseminação da notícia: o rádio e, posteriormente, a televisão.

Outro fator importante para o desenvolvimento em grande proporção da imprensa foi o surgimento do computador e mais ainda com a criação da internet, rede que interliga computadores de todo o mundo. Têm-se, entre outros, os jornais e revistas eletrônicos que divulgam notícias em enorme escala.

Acerca do surgimento da imprensa no Brasil Priscila Coelho de Barros Almeida (2009, p. 26), comenta o seguinte:

O Brasil está amplamente inserido nesse contexto. No período colonial foi negado o direito à existência da imprensa, por receio dos efeitos que esta teria sob a colônia, no Império já se vislumbrava uma tímida, mas atuante imprensa, que se perpetuou por toda a República Velha.

No entanto, foram nos últimos cinquenta anos que a imprensa se desenvolveu e se consolidou como elemento essencial na sociedade brasileira, tanto assim, que no ano de 1967, sob a égide do regime militar, foi editada a Lei de Imprensa brasileira, que, como retrato histórico de uma época, trouxe um forte cunho ditatorial e de censura.

Observa-se, logo abaixo, que a Constituição de 1967, aos auspícios da ditadura militar, tratou de impor algumas limitações à liberdade de imprensa:

Art 166 - São vedadas a propriedade e a administração de empresas jornalísticas, de qualquer espécie, inclusive de televisão e de radio difusão:

I - a estrangeiros;

II - a sociedade por ações ao portador;

III - a sociedades que tenham, como acionistas ou sócios, estrangeiros ou pessoas jurídicas, exceto os Partidos Políticos.

§ 1º - Somente a brasileiros natos caberá a responsabilidade, a orientação intelectual e administrativa das empresas referidas neste artigo.

§ 2º - Sem prejuízo da liberdade de pensamento e de informação, a lei poderá estabelecer outras condições para a organização e o funcionamento das empresas jornalísticas ou de televisão e de radiodifusão, **no interesse do regime democrático e do combate à subversão e à corrupção.** (negritos nosso)

Por seu turno, assim dispõe a Constituição Federal de 1988 acerca de algumas limitações ao exercício da liberdade de imprensa:

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º - Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, **observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.**

Art. 5º (...)

IV - é livre a manifestação do pensamento, **sendo vedado o anonimato;**

V - é assegurado o **direito de resposta**, proporcional ao agravo, além da **indenização por dano material, moral ou à imagem;**

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;

XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, **atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;**

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e **resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;** (negritos nosso)

Nota-se que as restrições elencadas na Constituição de 1967 são justificadas pelo interesse em resguardar, notadamente, o regime democrático, combater a subversão e a corrupção, diversamente das limitações impostas pela Constituição de 1988, que procuram resguardar, dentre outros, os direitos fundamentais da personalidade como, por exemplo, o direito à imagem do indivíduo.

Nesse sentido, com o advento da Constituição de 1988 houve uma mudança paradigmática no que respeita a visão da imprensa. A gênese do Estado democrático de direito corrobora para assegurar as mais amplas liberdades manifestadas em seus

diversos aspectos, dentre elas a liberdade de pensamento, de expressão e de informação. Nos itens seguintes tais conceitos serão explanados com maior rigor.

2.2.1 Conceito de imprensa

Segundo Diogo Freitas Ramos (2007, p. 5): “O termo imprensa deriva da prensa móvel, processo gráfico criado por Johannes Gutenberg no século XV, designando originalmente todo material impresso, tais como jornais, livros, gráficos etc.”

Conforme Sidney Guerra (2004, p.77) citando Francisco da Silva Bueno, a imprensa seria “máquina com que se imprime ou estampa; arte de imprimir; os jornais; a instituição da publicidade tipográfica diária.”

Observam-se conceitos bem primitivos da concepção de imprensa, completamente diferente da que se tem atualmente.

A lei 5.250, de 9 de fevereiro de 1967, lei de imprensa, assim dispôs acerca do conceito de imprensa:

Art.12. Aquêles que, através dos meios de informação e divulgação, praticarem abusos no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e informação ficarão sujeitos às penas desta Lei e responderão pelos prejuízos que causarem.

Parágrafo único. São **meios de informação e divulgação**, para os efeitos dêste artigo, os jornais e **outras publicações periódicas**, os **serviços de radiodifusão** e os serviços noticiosos. (Negritos nossos)

Nota-se que a lei já trouxe um conceito mais amplo de imprensa do que aqueles preconizados anteriormente, inserindo outras publicações periódicas, além dos jornais e os serviços de radiodifusão.

Com o advento do crescimento das tecnologias de informação, os jornais passaram a ser radiodifundidos e teledifundidos, a exemplo dos radiojornais e telejornais, e com o desenvolvimento da internet teve-se a criação, por exemplo, dos jornais e revistas eletrônicos.

Nesse contexto, para Sidney Guerra (2004, p. 77): “Daí, a exemplo de outros autores, entendemos que a terminologia mais apropriada seria liberdade de informação.”

2.2.2 Espécies de Imprensa

Conforme já mencionado, o conceito de imprensa que se tem hoje é bem diferente do que se tinha a alguns séculos anteriores. A concepção de imprensa evoluiu ao longo do tempo e com esse desenvolvimento foram surgindo outras espécies de imprensa. Assim, têm-se atualmente as seguintes: a imprensa impressa, o rádio, a televisão e a internet.

A **imprensa impressa** se constitui de vários veículos de comunicação, tais como: revistas, jornais, folhetos, panfletos e etc. Esses, por sua vez, podem ser impressos em diversos suportes como, papéis, plásticos, entre outros.

Essa espécie de imprensa pode ser conceituada como mídia offline, e constitui-se em um meio de comunicação, o qual se materializa em mídia impressa em materiais de caráter jornalístico ou publicitário, que são impressos em gráficas ou outros locais que realizem tais atividades.

Conforme já mencionado, a imprensa impressa foi a primeira a surgir, a pioneira das espécies, que teve sua origem de tempos muito remotos.

Sobre o surgimento do **rádio**, tem-se que, segundo alguns historiadores, a tecnologia de transmissão de som por ondas de rádio foi criada pelo italiano Guglielmo Marconi, no final do século XIX. No entanto, a Suprema Corte Americana atribuiu a Nikola Tesla o mérito da invenção do rádio, tendo em vista que Marconi usara dezenove patentes de Tesla em seu invento.

No Brasil noticia-se que concomitantemente, no mesmo período, qual seja, fim do século XIX, mais especificamente em 1893, o padre Roberto Landell de Moura também objetivou em experiências realizadas em Porto Alegre, no bairro Medianeira, local onde ficara sua paróquia, identificar a mesma tecnologia.

Segundo relatos, ele fez as primeiras transmissões de rádio no mundo, entre a Medianeira e o morro Santa Teresa.

A **televisão**, por sua vez, pode ser considerada o meio de comunicação mais influente na atualidade. Constitui-se da difusão de sons e imagens, transmitindo

diversos programas midiáticos de relevante interesse social. Dentre eles têm-se os programas policiais que informam à população telespectadora sobre os prováveis delitos cometidos no cotidiano das grandes metrópoles. Não raro, imagens de várias pessoas são expostas sem nenhum critério. Pode-se nesse caso ter veiculada a imagem-retrato e a imagem-atributo de indivíduos diversos. No momento adequado, essas espécies de imagem serão explanadas com maior rigor.

A **internet** é o meio de comunicação que mais cresce no momento. Oferece-se, na rede mundial, uma imensa variedade de conteúdo informativo, como informações de jornais eletrônicos, de portais de notícias, de sites de canais televisivos, e etc.

No que diz respeito à proteção da livre manifestação da imprensa em suas mais variadas espécies, Diogo Freitas Ramos faz o seguinte comentário:

Aplica-se neste caso o mesmo princípio das outras mídias, se a intenção é informar, noticiar ou denunciar fatos relevantes para o exercício da cidadania, estas informações a priori, são justificáveis pela liberdade de imprensa. Mas se não contiverem essa premissa de conteúdo socialmente relevante, não há esta proteção.

2.3 Liberdade de pensamento

Relevante corolário do Estado Democrático de Direito, a liberdade de pensamento é tutelada pela Constituição Federal. Contudo, de nada adiantaria apenas assegurar o direito à liberdade de pensar, sem garantir também outros direitos que dela defluem e que são a própria exteriorização daquilo que o indivíduo tem intimamente guardado.

Logo, ao se falar em tal liberdade, insta analisar outras espécies de direitos fundamentais que dela derivam e que estão intimamente inter-relacionados, quais sejam, a liberdade de opinião, compreendendo a manifestação do pensamento, a liberdade de expressão, a liberdade de comunicação e informação.

Conforme José Afonso da Silva (2010, p. 241) mencionando Sampaio Dória,

A liberdade de pensamento [...] – é o direito de exprimir, por qualquer forma, o que se pense em ciência, religião, arte, ou o que for. Trata-se de liberdade de conteúdo intelectual e supõe o contacto do indivíduo com seus semelhantes, pela qual o homem tenda, por exemplo, a participar a outros suas crenças, seus conhecimentos, sua concepção do mundo, suas opiniões políticas ou religiosas, seus trabalhos científicos.

Trata-se, segundo o autor, da exteriorização do pensamento, já que enquanto o pensamento não é externado não terá relevância social.

Conforme Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2010, pp. 325-326), a **liberdade de pensamento** compreende:

A propósito da liberdade de pensamento, deve-se, de pronto, distinguir duas facetas: a **liberdade de consciência** e a **liberdade de expressão ou manifestação do pensamento**.

A primeira é a liberdade de foro íntimo. Enquanto não manifesta, é condicionável por meios variados, mas é livre sempre, já que ninguém pode ser obrigado a pensar deste ou daquele modo. Essa liberdade de consciência e de crença a Constituição (art. 5º, VI) declara inviolável.

A manifestação do pensamento pode, porém, dirigir-se a outrem e não apenas exprimir as convicções do indivíduo, sem preocupação deste que outros a percebam, ou não. Essa liberdade, expressão fundamental da personalidade, também é consagrada, mas sob regimes diversos, conforme sua importância social. (negritos nosso)

2.3.1 Liberdade de opinião e Liberdade de manifestação do pensamento

A livre manifestação do pensamento é um direito assegurado pela Constituição brasileira de 1988 em seu artigo 5º, IV, e seria a exteriorização do que está no íntimo de cada indivíduo.

Para José Afonso da Silva (2010, p. 244),

A liberdade de manifestação do pensamento constitui um dos aspectos externos da liberdade de opinião.

Essa exteriorização do pensamento pode dar-se entre interlocutores presentes ou ausentes.

Alexandre de Moraes (2011, p. 130), realça a importância de tal direito e defende que:

Impedir a livre manifestação de pensamento, em qualquer de suas formas, seria autorizar a censura prévia e relembrar os tempos de Carlos V, em 1529, que estabeleceu tal medida a todas as publicações em território alemão, ou ainda, do famoso Index Expurgatorius, de 1559. No espaço público, lembra Hegel, devem coexistir todas as formas de verdade e de falsidade. Não por outro motivo, a liberdade de manifestação de pensamento é, inclusive, mais ampla que o direito de informar, pois “a primeira deve ser reconhecida inclusive aos mentirosos e loucos, enquanto o segundo, diferentemente, dever ser objetivo, proporcionando informação exata e séria” (Revel).

A liberdade de opinião, por seu turno, seria em síntese “[...] a própria liberdade de pensamento em suas várias formas de expressão. Por isso é que a doutrina a chama de liberdade primária e ponto de partida das outras.”

Assim aduz José Afonso da Silva (2010, pp. 241-242) acerca da liberdade de opinião:

Trata-se da liberdade de o indivíduo adotar a atitude intelectual de sua escolha: quer um pensamento íntimo, quer seja a tomada de posição pública; liberdade de pensar e dizer o que se crê verdadeiro.

A Constituição a reconhece nessas duas dimensões. Como pensamento íntimo, prevê a liberdade de consciência e de crença, que declara inviolável (art. 5º, VI), como a de crença religiosa e de convicção filosófica ou política (art. 5º, VIII). Isso significa que todos têm o direito de aderir a qualquer crença religiosa como o de recusar qualquer delas, adotando o ateísmo, e inclusive o direito de criar a sua própria religião, bem assim o de seguir qualquer corrente filosófica, científica ou política ou de não seguir nenhuma, encampando o ceticismo.

Como se depreende dos ensinamentos do autor, a liberdade de opinião abrange tanto o pensamento não exteriorizado, guardado no íntimo do indivíduo, quanto à manifestação do pensamento, “liberdade de pensar e dizer o que se crê verdadeiro”. Portanto, nesse sentido, seria a manifestação do pensamento uma das espécies da liberdade de opinião no que toca à exteriorização daquilo que se pensa.

2.3.2 Liberdade de comunicação, informação e liberdade de expressão

Segundo José Afonso da Silva (2010, p.243),

A liberdade de comunicação consiste num conjunto de direitos, formas, processos e veículos, que possibilitam a coordenação desembaraçada da criação, expressão e difusão do pensamento e da informação. É o que se extrai dos incisos, IV, V, IX, XII, XIV do art. 5º combinados com os arts. 220 a 224 da Constituição. Compreende ela as formas de criação, expressão e manifestação do pensamento e de informação, e a organização dos meios de comunicação, esta sujeita a regime jurídico especial [...]

Acerca da liberdade de comunicação social, assim leciona Alexandre de Moraes (2011, pp. 1963-1964):

A garantia constitucional de liberdade de comunicação social, prevista no art. 220, é verdadeiro corolário da norma prevista no art. 5º, IX, que consagra a liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença. O que se pretende proteger nesse novo capítulo é o meio pelo qual o direito individual constitucionalmente garantido será difundido, por intermédio dos meios de comunicação de massa. Essas normas, embora não se confundam, completam-se, pois a liberdade de comunicação social refere-se os meios específicos de comunicação.

Depreende-se da lição dos renomados autores, que a liberdade de comunicação refere-se à maneira como as instituições responsáveis por informar, organizam suas atividades informacionais, valendo-se, se necessário, de aparatos tecnológicos, com o fito de atingir a grande massa de indivíduos interessada em receber o conteúdo informativo.

A liberdade de informação ou direito de informação, por sua vez, compreende o direito de informar (das instituições) e o de ser informado (da grande massa), como importante instrumento na busca pelos ideais democráticos.

O direito de informar consiste basicamente na faculdade de veicular informações, ou, assumindo outra face, no direito a meios para transmitir

informações, como, *verbi gratia*, o direito a um horário no rádio ou na televisão. O direito de se informar consiste na faculdade de o indivíduo buscar as informações desejadas sem qualquer espécie de impedimento ou obstrução. Por fim, o direito de ser informado remete à faculdade de ser mantido integral e corretamente informado. (SERRANO, 1997, p. 31)

A mesma não se confunde com a liberdade de expressão, havendo diferenciação no aspecto qualitativo entre os dois institutos.

Por isso é importante sistematizar, de um lado, o direito de informação e, de outro, a liberdade de expressão. No primeiro está apenas a divulgação de fatos, dados, qualidades, objetivamente apuradas. No segundo está a livre expressão do pensamento por qualquer meio, seja a criação artística ou literária, que inclui o cinema, o teatro, a novela, a ficção literária, as artes plásticas, a música, até mesmo a opinião publicada em jornal ou em qualquer outro veículo. (CARVALHO, 1999, p.25)

Portanto, na **liberdade de informação** deve-se observar a objetividade da informação prestada, devendo ela ser disseminada de maneira padronizada, reproduzida na sua inteireza ou o mais próximo da realidade. Enquanto que na **liberdade de expressão** predomina a forma livre, sem necessário apego à veracidade de fatos ou acontecimentos.

Ainda sobre a liberdade de expressão, defende Pinto Ferreira (2002, p. 122): “A liberdade humana não se concretizaria na prática se não fosse dado ao homem o direito de liberdade de expressão. Essa liberdade abrange os direitos de manifestação da opinião, de discurso e de imprensa. Abarca ainda a manifestação do pensamento pelo rádio e pela televisão.”

2.4 Breve histórico do direito à liberdade de imprensa no ordenamento jurídico brasileiro

2.4.1 Histórico Constitucional

A Constituição do Império de 1891 já regulava o direito à liberdade de imprensa, assegurando o seu livre exercício, nos seguintes termos:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Cíveis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

IV. Todos podem communicar os seus pensamentos, por palavras, escriptos, e publical-os pela Imprensa, sem dependencia de censura; com tanto que hajam de responder pelos abusos, que commetterem no exercicio deste Direito, nos casos, e pela fórma, que a Lei determinar.

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 24 de fevereiro de 1891 dispôs:

Art.72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade, nos termos seguintes:

§ 12. Em qualquer assumpto é livre a manifestação do pensamento pela imprensa ou pela tribuna, sem dependencia de censura, respondendo cada um pelos abusos que commetter, nos casos e pela fórma que a lei determinar. Não é permittido o anonymato.

O art. 113, IX, da Constituição Federal de 1934 assim versava:

9) Em qualquer assunto é livre a manifestação do pensamento, sem dependência de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um pelos abusos que cometer, nos casos e pela forma que a lei determinar. Não é permitido anonimato. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros e periódicos independe de licença do Poder Público. Não será, porém, tolerada propaganda, de guerra ou de processos violentos, para subverter a ordem política ou social.

Já o art. 122, XV, da Constituição de 1937 dispunha: “15) todo cidadão tem o direito de manifestar o seu pensamento, oralmente, ou por escrito, impresso ou por imagens, mediante as condições e nos limites prescritos em lei.”

Não obstante suas previsões dispositivas: “Após a Revolução de 1930, vigorou a censura prévia, nas Constituições de 1934 e 1937, abolida com o fim do Estado ditatorial, voltando a vigor com a promulgação da Constituição Federal de 1946.”

Com isso, a Constituição de 1946 em seu art. 141, §5º, assim versou acerca da liberdade de imprensa:

É livre a manifestação do pensamento, sem que dependa de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um, nos casos e na forma que a lei preceituar pelos abusos que cometer. Não é permitido o anonimato. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros e periódicos não dependerá de licença do Poder Público. Não será, porém, tolerada propaganda de guerra, de processos violentos para subverter a ordem política e social, ou de preconceitos de raça ou de classe.

A Constituição de 1967, por sua vez, também garantiu a liberdade de imprensa. Em seu art. 150, § 8º trouxe o seguinte preceito:

É livre a manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica e a prestação de informação sem sujeição à censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros, jornais e periódicos independe de licença da autoridade. Não será, porém, tolerada a propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de raça ou de classe.

Já a Emenda Constitucional de 1969 praticamente reproduziu o que estava previsto na Constituição de 1967, apenas fazendo pequenas modificações pontuais, não alterando o sentido do texto e acrescentando na parte final de seu art. 153, § 8º, a não tolerância: “de preconceitos de religião, [...] e as publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes.”

Para fins comparativos, veja-se a redação do mencionado artigo:

É livre a manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica, bem como a prestação de informação independentemente de censura, salvo quanto a diversões e espetáculos públicos, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros, jornais e periódicos não depende de licença da

autoridade. Não serão, porém, toleradas a propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de religião, de raça ou de classe, e as publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes.

Em uma síntese, Pinto Ferreira (2002, pp. 122-123), cita a trajetória da liberdade de expressão em todas as Constituições, que segundo o autor também abrange a liberdade de imprensa.

A Constituição brasileira do Império admitiu essa liberdade em seu art. 179, 4º. A Constituição de 1891 assim também procedeu, proibindo entretanto o anonimato e afirmando a correspondente responsabilidade. O Diploma Magno de 1934 incorporou ao texto o princípio, porém admitiu a censura a espetáculos e a diversões públicas, o direito de resposta por conta do ofensor e a proibição de propaganda de guerra ou de processos violentos para subverter a ordem política e social. A Carta Ditatorial de 1937, embora teoricamente a concedesse, na prática estabeleceu um governo despótico. A Constituição de 1946 retornou ao espírito democrático de 1934, falando ainda de um caso de proibição, quando se tratasse de propaganda de preconceitos de raça ou de classe. A Constituição de 1967 regulava a matéria no art. 150, § 8º, e a Emenda Constitucional n. 1/69 também procedia assim no art. 153, § 8º; a Constituição Federal de 1988, no art. 5º, IV.

2.4.2 Histórico Infraconstitucional

Acerca da legislação infraconstitucional, a lei 5.250 de 09 de fevereiro de 1967, lei de imprensa, foi editada no período da ditadura militar.

Em matéria acerca da Lei de Imprensa, Helena Daltro Pontual:

Datada de 9 de fevereiro de 1967, a Lei de Imprensa (Lei 5.250), que regulava a liberdade de manifestação do pensamento e de informação, foi assinada pelo general Humberto de Alencar Castello Branco, então presidente da República, com o objetivo de restringir as atividades da imprensa e punir jornalistas e veículos de comunicação que se opusessem ao regime militar.

Ainda sobre a matéria citada acima, dentre outros preceitos de caráter restritivo, a mencionada lei previa o seguinte:

Censura a espetáculos, diversões públicas, jornais ou periódicos, empresas de radiodifusão e agências noticiosas (§ 2º do Art. 1º);

Obrigatoriedade de jornais e demais empresas jornalísticas ficarem sujeitas a registro no cartório competente do Registro Civil das Pessoas Jurídicas para poderem funcionar (§ 2ª do Art. 2º);

Exigência de que apenas brasileiros natos tenham a responsabilidade e a orientação intelectual e administrativa dos serviços de notícias, reportagens, comentários, debates e entrevistas transmitidos pelas empresas de radiodifusão (Art. 4º);

Exigência de prévia aprovação de qualquer contrato que uma empresa de radiodifusão pretenda fazer com empresa ou organização estrangeira, bem como proibição de modalidades contratuais que permitam participação das empresas estrangeiras no lucro bruto ou líquido das empresas jornalísticas ou de radiodifusão (Art. 6º);

Proibição de entrada no Brasil de publicação, jornal, livro ou qualquer impresso feito no exterior que possa perturbar a ordem pública, a cotação de mercadorias e títulos imobiliários no mercado financeiro ou revelar notícia sigilosa de interesse da segurança nacional e segredos de Estado (§ 1º do Art. 60);

Punição de multa para quem vender, expuser à venda ou distribuir jornais, livros ou quaisquer impressos cuja entrada no país tenha sido proibida (§ 2º do Art. 60);

Regras para apreensão dos documentos impressos previstos no Art. 61 (Art. 63);

Destruição, por autoridade judicial competente, do exemplar de publicação impressa apreendida (Art. 64);

2.4.3 A liberdade de Imprensa no ordenamento jurídico brasileiro atual

2.4.3.1 Previsão Constitucional

A Constituição Federal de 1988 regulou com maior rigor a liberdade de imprensa, dispondo em vários dispositivos tal direito. Em seu art. 5º e incisos, diz o seguinte:

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:

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

Já no capítulo que trata da Comunicação Social, a liberdade de imprensa é tutelada de maneira mais cristalina. Assim têm-se as seguintes normas:

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º - Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

Como se pode observar, a Constituição é clara no sentido de assegurar o livre exercício da imprensa, no entanto, tal atividade poderá ser limitada caso sejam inobservados determinados preceitos contidos na própria Carta Republicana.

Nesse sentido, os dispositivos mencionados na parte final do § 1º do artigo 220, constituem limites à liberdade de imprensa, visando-se proteger outros direitos fundamentais.

Observe-se:

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

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;

XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

O § 2º, do mencionado artigo assim reza: “É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.”

Contudo, tem-se a seguinte exceção à vedação a censura trazida pela Constituição da República:

Art. 139. Na vigência do estado de sítio decretado com fundamento no art. 137, I, só poderão ser tomadas contra as pessoas as seguintes medidas:

III - restrições relativas à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei;

Nesse sentido, vê-se que apenas em situação excepcional, na vigência do estado de sítio, poderá ser restringida a liberdade de imprensa.

2.4.3.2 Previsão Infraconstitucional

Conforme já citado, a lei 5.250 de 09 de fevereiro de 1967, lei de imprensa, foi editada aos auspícios da ditadura militar.

Tendo em vista o seu caráter censurador, atualmente, a citada lei resta incompatível com a ordem Constitucional vigente desde 1988.

Nesse sentido, assinala Natália Droichi de Almeida:

A Lei nº 5.250/67 foi elaborada durante a Ditadura Militar e até pouco tempo regia todas as atividades da imprensa. No decorrer dos anos esta mesma lei sofreu diversas alterações, dentre elas as mudanças na legitimação da liberdade de expressão de imprensa e de informação, além de passar a prever normas de comunicação coletiva, inserir o direito de resposta, o dever de informar e de ser informado, bem como extinguir a censura.

Entretanto, tais modificações não foram suficientes para a permanência da lei no ordenamento jurídico, fazendo-se necessária a propositura do projeto de lei pelo senador Josaphat Marinho, no ano de 1991, a fim de alterar os dispositivos legais da Lei nº 5.250/67.

Assim, com o advento da Constituição Federal, a mencionada norma perdeu sua aplicação prática, sendo considerada, por óbvio, inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, em sessão realizada no dia 30 de abril de 2009, por sete votos contra quatro.

Segue abaixo notícia da decisão do STF sobre o tema:

Supremo julga Lei de Imprensa incompatível com a Constituição Federal

Por maioria, o Supremo Tribunal Federal (STF) declarou que a Lei de Imprensa (Lei nº 5250/67) é incompatível com a atual ordem constitucional (Constituição Federal de 1988). Os ministros Eros Grau, Menezes Direito, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Cezar Peluso e Celso de Mello, além do relator, ministro Carlos Ayres Britto, votaram pela total procedência da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 130. Os ministros Joaquim Barbosa, Ellen Gracie e Gilmar Mendes se pronunciaram pela parcial procedência da ação e o ministro Marco Aurélio, pela improcedência.

Na sessão desta quinta-feira (30), a análise da ADPF foi retomada com o voto do ministro Menezes Direito. O julgamento do processo, ajuizado pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT) contra a norma, teve início no último dia 1º, quando o relator, ministro Carlos Ayres Britto, votou pela procedência integral da ação.

Naquela oportunidade, Ayres Britto entendeu que a Lei de Imprensa não pode permanecer no ordenamento jurídico brasileiro, por ser incompatível com a Constituição Federal de 1988. O ministro Eros Grau adiantou seu voto, acompanhando o relator.

Segue abaixo ementa da decisão do STF sobre o tema:

EMENTA: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). LEI DE IMPRENSA. ADEQUAÇÃO DA AÇÃO. REGIME CONSTITUCIONAL DA "LIBERDADE DE INFORMAÇÃO JORNALÍSTICA", EXPRESSÃO SINÔNIMA DE LIBERDADE DE IMPRENSA. A "PLENA" LIBERDADE DE IMPRENSA COMO CATEGORIA JURÍDICA PROIBITIVA DE QUALQUER TIPO DE CENSURA PRÉVIA. A PLENITUDE DA LIBERDADE DE IMPRENSA COMO REFORÇO OU SOBRETUTELA DAS LIBERDADES DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, DE INFORMAÇÃO E DE EXPRESSÃO ARTÍSTICA, CIENTÍFICA, INTELLECTUAL E COMUNICACIONAL. LIBERDADES QUE DÃO CONTEÚDO ÀS RELAÇÕES DE IMPRENSA E QUE SE PÕEM COMO SUPERIORES BENS DE PERSONALIDADE E MAIS DIRETA EMANAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. O CAPÍTULO CONSTITUCIONAL DA COMUNICAÇÃO SOCIAL COMO SEGMENTO PROLONGADOR DAS LIBERDADES DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, DE INFORMAÇÃO E DE EXPRESSÃO ARTÍSTICA,

CIENTÍFICA, INTELECTUAL E COMUNICACIONAL. TRANSPASSE DA FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS PROLONGADOS AO CAPÍTULO PROLONGADOR. PONDERAÇÃO DIRETAMENTE CONSTITUCIONAL ENTRE BLOCOS DE BENS DE PERSONALIDADE: O BLOCO DOS DIREITOS QUE DÃO CONTEÚDO À LIBERDADE DE IMPRENSA E O BLOCO DOS DIREITOS À IMAGEM, HONRA, INTIMIDADE E VIDA PRIVADA. PRECEDÊNCIA DO PRIMEIRO BLOCO. INCIDÊNCIA A POSTERIORI DO SEGUNDO BLOCO DE DIREITOS, PARA O EFEITO DE ASSEGURAR O DIREITO DE RESPOSTA E ASSENTAR RESPONSABILIDADES PENAL, CIVIL E ADMINISTRATIVA, ENTRE OUTRAS CONSEQUÊNCIAS DO PLENO GOZO DA LIBERDADE DE IMPRENSA. PECULIAR FÓRMULA CONSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO A INTERESSES PRIVADOS QUE, MESMO INCIDINDO A POSTERIORI, ATUA SOBRE AS CAUSAS PARA INIBIR ABUSOS POR PARTE DA IMPRENSA. PROPORCIONALIDADE ENTRE LIBERDADE DE IMPRENSA E RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS MORAIS E MATERIAIS A TERCEIROS. RELAÇÃO DE MÚTUA CAUSALIDADE ENTRE LIBERDADE DE IMPRENSA E DEMOCRACIA. RELAÇÃO DE INERÊNCIA ENTRE PENSAMENTO CRÍTICO E IMPRENSA LIVRE. A IMPRENSA COMO INSTÂNCIA NATURAL DE FORMAÇÃO DA OPINIÃO PÚBLICA E COMO ALTERNATIVA À VERSÃO OFICIAL DOS FATOS. PROIBIÇÃO DE MONOPOLIZAR OU OLIGOPOLIZAR ÓRGÃOS DE IMPRENSA COMO NOVO E AUTÔNOMO FATOR DE INIBIÇÃO DE ABUSOS. NÚCLEO DA LIBERDADE DE IMPRENSA E MATÉRIAS APENAS PERIFERICAMENTE DE IMPRENSA. AUTORREGULAÇÃO E REGULAÇÃO SOCIAL DA ATIVIDADE DE IMPRENSA. NÃO RECEPÇÃO EM BLOCO DA LEI Nº 5.250/1967 PELA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL. EFEITOS JURÍDICOS DA DECISÃO. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO.

Como se vê, não se tem atualmente uma regulamentação infraconstitucional válida sobre a liberdade de imprensa no Brasil, ficando os seus preceitos regulados pela Constituição Federal, até que entre em vigor uma nova lei de imprensa.

3. DIREITOS FUNDAMENTAIS DA PERSONALIDADE

3.1 Conceito de direitos da personalidade

Os direitos da personalidade são aqueles que seguem o ser humano desde o seu nascimento, para alguns desde a concepção, até a morte, estendendo os seus efeitos para após o término da vida. “Alguns se refletem até mesmo após a morte da pessoa.”

“São direitos privados fundamentais, que devem ser respeitados como conteúdo mínimo para permitir a existência e a convivência dos seres humanos.” (VENOSA, 2012, p. 175)

Na Constituição Brasileira de 1988 os direitos da personalidade vêm previstos no art. 5º, Caput e seus parágrafos. A Carta Republicana atribui especial proteção aos direitos personalíssimos do indivíduo como: à vida, à liberdade, à intimidade, à imagem, à honra, entre outros.

De acordo com Washington de Barros Monteiro citando Carlos Alberto Bittar e Carlos Alberto Bittar Filho (2012, p.106), “são direitos da personalidade os reconhecidos ao homem, tomado em si mesmo e em suas projeções na sociedade, visando a defesa de valores inatos, como a vida, a intimidade, a honra e a higidez física.”

Vale ressaltar que os direitos da personalidade são o corolário de um dos fundamentos da Constituição Federal, consubstancia-se em uma cláusula aberta, princípio-fundamento que irradia todo seu arcabouço jus-filosófico na tutela especial de proteção à pessoa humana. Trata-se da dignidade da pessoa humana, art.1º, III, a coluna

angular que estrutura toda proteção e respeito aos sujeitos de direitos. Com isso, o Estado Democrático de Direito é constituído visando-se atribuir ao indivíduo condições mínimas de vivência digna, devendo-se impor limites ao Estado e aos particulares nas diversas relações jurídicas existentes.

Em razão do princípio- fundamento da dignidade da pessoa humana, pode-se inferir que a pessoa é o cerne fundamental da ordem jurídica suprema, a sua razão de ser e a sua finalidade. Portanto, nesse diapasão, não é difícil deduzir que o Estado existe para as pessoas e a recíproca não é verdadeira, o ser humano é o sujeito do direito e jamais o seu objeto. (ASCENSÃO, 1997, p. 64)

3.2 Histórico dos direitos da personalidade

Conforme já mencionado, as diversas lutas materializadas nas várias declarações de direitos ocasionaram as ditas revoluções sociais. Insatisfeitas com os desmandos do Soberano e as precárias condições de vida, as pessoas se reuniram nas diversas partes do mundo, visando, num primeiro momento, limitar o poder do Estado Absolutista tendo como objetivo o reconhecimento de direitos indispensáveis a condições mínimas de vivência digna.

Assim, o surgimento dos direitos ínsitos à pessoa humana, direitos da personalidade, se confunde com a própria história de batalhas da humanidade na busca de reconhecimento dessas prerrogativas.

O reconhecimento dos direitos da personalidade como categorias de direito subjetivo é relativamente recente, porém sua tutela jurídica já existia na Antiguidade, punindo ofensas físicas e morais à pessoa, através da *actio injuriarum*, em Roma, ou da *dike kakegorias*, na Grécia. Com o advento do Cristianismo houve um despertar para o reconhecimento daqueles direitos, tendo por parâmetro a ideia de fraternidade universal. Na era medieval entendeu-se, embora implicitamente, que o homem constituía o fim do direito, pois a Carta Magna (século. XIII), na Inglaterra, passou a admitir direitos próprios do ser humano. Mas foi a Declaração dos Direitos de 1789 que impulsionou a defesa dos direitos individuais e a valorização da pessoa humana e da liberdade do cidadão. (DINIZ, 2011, pp. 132-133)

Perpassando pelas revoluções e dimensões de direitos é possível identificar direitos personalíssimos perseguidos pelos sujeitos revolucionários. A revolução burguesa com sua célebre Declaração francesa de 1789, trouxe a tona a primeira dimensão de direitos e teve como principal ideal a liberdade.

Tal documento histórico teve por destinatário o gênero humano. Por isso mesmo, e pelas circunstâncias da época, foi a mais abrangente de todas as cartas já elaboradas acerca da liberdade. Os direitos do ser humano ou da liberdade, eram naquele momento histórico, “direitos naturais, inalienáveis e sagrados”, direitos já considerados por imprescritíveis, associados à liberdade [...], logo, inafastáveis da pessoa humana. (BONAVIDES, 2010, p. 562)

Com a necessidade de concretizar os direitos de primeira dimensão e a consequente concentração de riquezas oriunda do afastamento estatal das relações econômicas, surge a segunda dimensão de direitos como forma de reduzir as distorções deixadas pelo Estado liberal.

Surgem, nesse período, os chamados direitos institucionais, direitos sociais ou direitos de cunho positivo, que impõem ao Estado o dever de fazer. Conforme a professora Renata Dayanne, em seu artigo:

No início do século XX se torna claro que, para promover uma sociedade habilitada a desfrutar e ter direitos civis e políticos é necessário garantir um mínimo existencial para que tais direitos possam se desenvolver. A ideia contribuição universal para a promoção do bem-estar de todos e, por fim, o desenvolvimento da sociedade passa a ser aceita pelos indivíduos, o que faz defluir disso as bases para o aparecimento real do *Welfare State*. Os benefícios sociais ganham status de direitos, e assim passam a ser encarados.

Washington de Barros Monteiro (2012, p.106) afirma que,

O respeito à pessoa afirmou-se no mundo na segunda metade do século XX, especialmente nas duas últimas décadas, quando os valores próprios de cada pessoa ganharam força extraordinária e foram incorporados as mais diversas legislações. Nunca se procurou tanto preservá-los e fazê-los valer como exteriorização da dignidade humana, física e moral.

Nesse sentido, Maria Helena Diniz (2011, p.133) ao tratar dos direitos personalíssimos na Constituição Cidadã Brasileira,

Somente em fins do século XX se pôde construir a dogmática dos direitos da personalidade, ante o redimensionamento da noção de respeito à dignidade da pessoa humana, consagrada no art. 1º, III, da CF/88. A importância desses direitos e a posição privilegiada que vem ocupando na Lei Maior são tão grandes que sua ofensa constitui elemento caracterizador de dano moral e patrimonial indenizável, provocando uma revolução na proteção jurídica pelo desenvolvimento de ações de responsabilidade civil e criminal; do mandado de segurança; do mandado de injunção; do habeas corpus; do habeas data etc.

Pelo exposto, evidencia-se que os direitos da personalidade, ou garantias à sua efetivação foram perseguidos pela instituição de mecanismos de proteção ao indivíduo, enquanto ser que se desenvolve no seio social. Logo, a segunda dimensão de direitos, indo mais além do que os direitos da primeira dimensão, consubstancia-se, ainda, em verdadeiro instrumento concretizador dos direitos personalíssimos.

3.3 Caracteres dos direitos da personalidade

Conforme já visto, os direitos da personalidade são aqueles inerentes à pessoa humana. Em decorrência dessa assertiva, pode-se inferir que suas características derivam de sua condição peculiar, qual seja, serem esses direitos inafastáveis do ser humano.

Assim, a doutrina pátria costuma atribuir certas características aos direitos intrínsecos ao indivíduo, tais como serem vitalícios, absolutos, indisponíveis, irrenunciáveis, intransmissíveis, inalienáveis, impenhoráveis, imprescritíveis e ilimitados.

Ao se referir à **vitaliciedade**, afirma Silvio de Salvo Venosa (2012, p. 177), que “são vitalícios, perenes ou perpétuos, porque perduram por toda a vida. Alguns se referem até mesmo após a morte da pessoa.”

Conforme Felipe Ventin da Silva, citando Pedro Frederico CALDAS:

São inclusive **vitalícios**, pois “seguem a pessoa, aderem ao indivíduo até o seu leito de morte, chegando a lei a proteger o morto, que não é mais sujeito de direito do vilipêndio”. Esta característica fora consagrada pelo art. 12, parágrafo único do Código Civil de 2002, ao estatuir legitimação ao “cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau” para requerer medida inibitória ou reparatória contra atentado à memória do *de cuius*. (negrito nosso)

O **caráter absoluto** refere-se à possibilidade de oposição em relação a todos, “por serem oponíveis erga omnes, por conterem, em si, um dever geral de abstenção.”

No mesmo sentido, citando Pedro Frederico CALDAS, Felipe Ventin da Silva, assinala que:

A relação jurídica estabelecida envolve um sujeito passivo universal, indeterminado, porém, determinável quando há violação deste direito absoluto no caso concreto. Quando se caracterizam os direitos de personalidade como absolutos, não se quer passar a noção de não comportam limites ao seu exercício, mas sim, de que podem ser alegados por seu titular em desfavor de qualquer um que os viole.

Conforme Silvio Romero Beltrão citando SOUZA:

Os direitos da personalidade apesar de serem considerados absolutos sofrem limitações em seu exercício. É certo que a unidade normativa do direito da personalidade, integra-se em nosso ordenamento jurídico com outros direitos e poderes de conteúdo jurídico diverso, com suas próprias valorações.

Quanto à **indisponibilidade** é preciso realçar que há algumas nuances, e que verifica-se a relatividade desse traço característico.

São, em regra, indisponíveis, insuscetíveis de disposição, mas há temperamentos quanto a isso. Poder-se-á, p. ex., admitir sua disponibilidade em prol do interesse social; em relação ao direito da imagem, ninguém poderá recusar que sua foto fique estampada em documento de identidade. Pessoa famosa poderá explorar sua imagem na promoção de venda de produtos, mediante pagamento de uma remuneração convencional. Nada obsta a que, em relação ao corpo, alguém, para atender a uma situação altruística e terapêutica, venha a ceder, gratuitamente, órgão ou tecido. [...] Como se vê, a disponibilidade dos direitos da personalidade é relativa. (DINIZ, 2011, p. 135)

A **irrenunciabilidade** diz respeito à proibição da disposição do direito em caráter permanente. Para Silvio de Salvo Venosa (2012, p. 177): “São irrenunciáveis porque pertencem à própria vida, da qual se projeta a personalidade.” Vê-se que, se possível fosse a renúncia, significaria a renúncia a própria existência do indivíduo.

Citando a **intransmissibilidade**, Maria Helena Diniz (2011, p.135): “São intransmissíveis, visto não poderem ser transferidos à esfera jurídica de outrem. Nascem e se extinguem *ope legis* com o seu titular, por serem dele inseparáveis.” É como a sombra que segue o corpo, inato, pois, ao ser detentor do direito personalíssimo.

A **inalienabilidade** se refere à vedação da comercialização dos direitos da personalidade, embora como já explanado, seja possível a sua fruição para obtenção de vantagem econômica. Maria Helena Diniz (2011, p.135) aduz que “os direitos da personalidade poderão ser objeto de contrato como, por exemplo, o de concessão ou licença para uso de imagem ou de marca (se pessoa jurídica);” Logo, nota-se que tal característica goza de relatividade.

Por óbvio os direitos da personalidade não podem ser passíveis de **penhora**. Não há como aceitar que direitos inerentes à pessoa, sejam dados em garantia de alguma espécie de negócio jurídico, sob pena de ferir, precipuamente, a dignidade humana, princípio norteador do Estado democrático de direito.

A **imprescritibilidade** deriva da vitaliciedade, pois ela perdura enquanto perdurar a personalidade, isto é, a vida humana. Assim, os direitos da personalidade ultrapassam a própria vida, pois são protegidos até mesmo depois do óbito; logo, são imprescritíveis. (Venosa, 2012, p. 177)

Sobre tal característica, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2009, p. 149), fazem a seguinte distinção:

Não há como se confundir, porém, com a prescritebilidade da pretensão de reparação por eventual violação a um direito da personalidade. Se há uma violação, consistente em ato único, nasce nesse momento, obviamente, para o titular do direito, a pretensão correspondente, que se extinguirá pela prescrição, genericamente, no prazo de 3 (três) anos (art. 206, § 3º, V, do CC-02).

A **ilimitabilidade** diz respeito à quantidade de direitos personalíssimos prevista em lei. A doutrina é pacífica no entendimento de que tal rol de direitos é exemplificativo, não havendo condições de se prever um número exato dessas prerrogativas.

[...] É ilimitado o número de direitos da personalidade, malgrado o Código Civil, nos arts. 11 a 21, tenha se referido expressamente apenas a alguns. Reputa-se tal rol meramente exemplificativo, pois não esgota o seu elenco, visto ser impossível imaginar-se um *numerus clausus* nesse campo. Não se limitam eles aos que foram expressamente mencionados e disciplinados no novo diploma, podendo ser apontados ainda, exemplificativamente, o direito a alimentos, ao planejamento familiar, ao leite materno, ao meio ambiente ecológico, à velhice digna, ao culto religioso, à liberdade de pensamento, ao segredo profissional, à identidade pessoal etc. (GONÇALVES APUD FRANÇA, 2010, pp. 187-188)

3.4 O direito à imagem como direito fundamental

Um dos direitos fundamentais da personalidade, o direito à imagem foi ao longo da história, ganhando cada vez mais relevo, sobretudo, no ordenamento constitucional pátrio. Porém, antes de tratar do direito à imagem propriamente dito, urge analisar o conceito de imagem e suas espécies. Em seguida, serão abordados os assuntos relacionados à autonomia, breve histórico do direito à imagem no ordenamento jurídico brasileiro e sua proteção na legislação pátria atual.

3.4.1 Conceito e Espécies

Nas palavras de Sílvio de Salvo Venosa (2012, p. 182), “a imagem da pessoa é uma das principais projeções de nossa personalidade e atributo fundamental dos direitos ditos personalíssimos”

Segundo Maria Helena Diniz (2012, p. 146):

A **imagem-retrato** é a representação física da pessoa, como um todo ou em partes separadas do corpo (nariz, olhos, sorriso etc.) desde que identificáveis,

implicando o reconhecimento de seu titular, por meio de fotografia, escultura, desenho, pintura, interpretação dramática, cinematográfica, televisão, sites etc., que requer autorização do retratado (CF, art.5º, X). A **imagem-atributo** é o conjunto de caracteres ou qualidades cultivados pela pessoa, reconhecidos socialmente (CF, art. 5º, V), como habilidade, competência, lealdade, pontualidade etc. A imagem abrange também a reprodução, romanceada em livro, filme, ou novela, da vida de pessoa de notoriedade. (negritos nossos)

Conforme a autora, a imagem abrange duas espécies, uma referente ao retrato, que é a reprodução física da pessoa em qualquer suporte físico, e a outra é a exteriorização de seus atributos, que se constituem de suas características ou qualidades pessoais. A autora relata ainda a reprodução de imagens anteriormente permitidas a algum seguimento midiático, e que posteriormente não podem ser reproduzidas sem o consentimento do indivíduo ou de quem detenha tais direitos.

No mesmo sentido, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2009, p.174),

Para efeitos didáticos, dois tipos de imagem podem ser concebidos:

- **imagem-retrato** – que é literalmente o aspecto físico da pessoa;
- **imagem-atributo** – que corresponde à exteriorização da personalidade do indivíduo, ou seja, à forma como ele é visto socialmente. (negritos nosso)

Já Washington de Barros Monteiro (2012, p. 111) traz outra modalidade de imagem, que se enquadra no conceito de imagem-atributo:

Quanto à **imagem moral**, compreendendo o conceito que a pessoa tem de si própria, deve igualmente ser preservada e protegida, coibindo-se qualquer ato que vise atingi-la. Como já proclamou o Superior Tribunal de Justiça, em acórdão arrolado por Rui Stoco, “a imagem é a projeção dos elementos visíveis que integram a personalidade humana, é a emanção da própria personalidade, é o eflúvio dos caracteres físicos que a individualizam. (negrito nosso)

Observe, ainda, outras definições do conceito de imagem trazidas por Priscila Coelho de Barros Almeida:

Alguns conceituam-no como a soma dos atributos físicos e morais da pessoa; outros como o mero atributo físico do indivíduo. Isso ocorre, pois muitas vezes os atributos morais da imagem podem ser alvos de confusão com outros direitos, como ocorre com o direito à honra; muitas vezes determinada imagem do indivíduo, ataca frontalmente a sua honra.

Portanto, a imagem deve ser tomada como soma dos atributos físicos e morais da pessoa, essa é a afirmação mais completa. A imagem do homem tomada pelo simples atributo material em nada difere de um animal ou vegetal, é o aspecto moral que vai diferenciá-lo como ser humano.

A imagem é maneira de identificação pessoal, portanto, sua proteção jurídica encontra espaço quando através desta é possível o reconhecimento de traços identificadores e individualizadores de uma pessoa, como reprodução de formas, ou da voz, ou dos gestos, salientando-se que aqui se incluem também os atributos morais identificáveis.

Já o direito à imagem é a prerrogativa que tem o indivíduo de exigir respeito a determinados direitos da personalidade, a exemplo dos sinais característicos que o individualizam dos demais sujeitos.

O direito à imagem é o de ninguém ver sua effigie exposta em público ou mercantilizada sem seu consentimento e o de não ter sua personalidade alterada material ou intelectualmente, causando dano à sua reputação. Abrange o direito: à própria imagem; ao uso ou à difusão da imagem; à imagem das coisas próprias e à imagem em coisas ou em publicações; de obter imagem ou de consentir em sua captação por qualquer meio tecnológico [...]. (DINIZ, 2011, pp. 146-147)

Carlos Roberto Gonçalves (2010, p. 202) citando Antônio Chaves, por sua vez, faz a seguinte consideração acerca do direito à imagem:

Sobre o direito à própria imagem, não pode ser aceita, segundo ANTÔNIO CHAVES, a definição segundo a qual seria o direito de impedir que terceiros venham a conhecer a imagem de uma pessoa, pois não se pode impedir que outrem conheça a nossa imagem, e sim que a use contra a nossa vontade, nos casos não expressamente autorizados em lei, agravando-se evidentemente a lesão ao direito quando tenha havido exploração dolosa, culposa, aproveitamento pecuniário, e, pior que tudo, desdouro para o titular da imagem.

Acerca do direito à imagem Priscila Coelho de Barros Almeida (2009, p. 66) destaca que:

Importante observar que o direito à imagem guarda uma distinção com os demais direitos da personalidade; trata-se da característica da extrapatrimonialidade. Como é sabido é cada dia mais comum o uso da imagem nos meios publicitários, sendo alvo de fins econômicos, porém, ainda assim, não se justifica a utilização dessa imagem para fins diversos do original.

3.4.2 Autonomia do direito à imagem

Embora esteja em certos casos intimamente relacionados com outros direitos personalíssimos, vale destacar a autonomia do direito à imagem.

Na lição de Maria Helena Diniz (2011, p.147) acerca do tema tem-se que:

O direito à imagem é **autônomo**, não precisando estar em conjunto com a intimidade, a identidade, a honra etc., embora possam estar, em certos casos, tais bens a ele conexos, mais isso não faz com que sejam partes integrantes um do outro. Deveras, pode-se ofender imagem sem atingir a intimidade ou a honra. A imagem é a individualização figurativa da pessoa, autorizando qualquer oposição contra adulteração da identidade pessoal, divulgação indevida e vulgar indiscrição, gerando o dever de reparar o dano moral e patrimonial que advier desse ato. Não se pode negar que o direito à privacidade ou à intimidade é um dos fundamentos basilares do direito à imagem, visto que seu titular pode escolher como, onde e quando pretende que sua representação externa (imagem-retrato) ou sua imagem-atributo seja difundida. (negrito nosso)

Pedagógica a lição da autora. De tal exposto, pode-se inferir que ao atingir à imagem, por exemplo, no caso de uma publicação não autorizada para fins comerciais, não necessariamente deve-se atingir à honra da pessoa para configurar ofensa a tal direito. A só publicação não autorizada, mesmo que exaltando certos atributos do indivíduo ou então apenas fazendo a exposição de uma foto sem ofender-lhe a dignidade, já configuraria o dever de indenizar.

3.4.3 Breve histórico do direito à imagem no ordenamento jurídico brasileiro

O direito à imagem nem sempre encontrou guarida de modo expresso como identificado atualmente na Constituição da República Brasileira de 1988. Iniciando-se a análise pela constituição do império de 1824, não se encontrará de modo expresso a proteção do direito à imagem.

Assim dispunha o art. 179, VII, da Constituição de 1824:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Cíveis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

VII. Todo o Cidadão tem em sua casa um asylo inviolavel. De noite não se poderá entrar nella, senão por seu consentimento, ou para o defender de incendio, ou inundação; e de dia só será franqueada a sua entrada nos casos, e pela maneira, que a Lei determinar.

Diogo Freitas Ramos citando D’Azevedo destaca que: “ao proteger o domicílio, a imagem também é protegida de forma reflexa, como característica da intimidade, sendo, assim, uma proteção da imagem do indivíduo desde que dentro do domicílio.”

Objetivou-se proteger o patrimônio domiciliar de possíveis invasões do Estado, protegendo em segundo plano a imagem do indivíduo, desde que dentro do asilo inviolável.

A Constituição Republicana de 1891 não trouxe novidades acerca da proteção do direito à imagem. Conforme Diogo Freitas Ramos citando Araújo, tal Carta “também regula a imagem através da inviolabilidade de domicílio.”

Art.72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade, nos termos seguintes:

§ 11. A casa é o asylo inviolavel do individuo; ninguem póde ahi penetrar, de noite, sem consentimento do morador, senão para acudir a victimas de crimes, ou desastres, nem de dia, senão nos casos e pela fórmula prescriptos na lei.

Com o advento da Carta Magna de 1934, a história continuou parecida. O direito à imagem permaneceu protegido de modo reflexo pelo direito à inviolabilidade domiciliar. Observe-se:

Art 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

16) A casa é o asilo inviolável do indivíduo. Nela ninguém poderá penetrar, de noite, sem consentimento do morador, senão para acudir a vítimas de crimes ou desastres, nem de dia, senão nos casos e pela forma prescritos na lei.

Contudo, observe-se os seguintes comentários de Luiz Alberto David Araújo (1996, p. 55) :

A Constituição de 1934 traz uma inovação na proteção da imagem, embora permaneça ainda no campo inespecífico. Trata-se do art. 114 que assegura outros direitos e garantias não expressos no texto, mas decorrentes do regime princípios que adotam: “art. 114. A especificação dos direitos e garantias expressos nesta constituição não exclui outros, resultantes do regime e princípios que ela adota.”

E continua o autor Luiz Alberto David Araújo (1996, p.56):

Ora, como direito da personalidade, o direito à imagem pode, perfeitamente, ser subtendido dentre os direitos não expressados, garantidos pelo art. 114. Como decorrência do direito à vida, o direito à imagem é assegurado pelo regime e pelos princípios adotados. O preâmbulo do texto fala em “organizar um regime democrático”. Ora, só se pode conceber um regime democrático, com proteção da vida e, em consequência, da imagem.

A Constituição de 1937 praticamente repetiu o que já estava previsto nas constituições precedentes.

A Constituição de 1946, por sua vez, manteve-se seguidora das demais não trazendo inovações. Assim rezava um de seus dispositivos: “Art 144 - A especificação, dos direitos e garantias expressas nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota.” Foi mantida a regra preconizada por Araújo, qual seja, a da extensividade acerca do regime e princípios adotados pela Constituição.

O art. 141 trazia o seguinte preceito: “A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:” Continuou a reflexividade da proteção ao direito à imagem.

Com a Constituição de 1967 a imagem permaneceu protegida de forma reflexa, de maneira implícita, como decorrência de outros direitos. Observe-se o art. 150: “A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:” Nota-se, a repetição do dispositivo da Constituição de 1946 pela de 1967.

No próximo tópico ver-se-á a mudança de paradigma trazida pela Constituição de 1988, que tutelou de modo amplo e expresso, dirimindo qualquer dúvida a respeito da devida proteção outorgada ao direito à imagem.

No que se refere à legislação infraconstitucional, Sílvio de Salvo Venosa (2012, p.177), faz a seguinte consideração acerca do Código Civil de 1916 e as normas esparsas:

A matéria não é tratada sistematicamente na maioria dos códigos civis, e nosso projecto Código de 1916 não era exceção, embora a doutrina não tão recente já com ela se preocupasse. No entanto, somente nas últimas décadas do século XX o direito privado passou a ocupar-se dos direitos da personalidade mais detidamente, talvez porque o centro de proteção dos direitos individuais situa-se no Direito Público, no plano constitucional. Aponta-se, contudo, que nosso código do século XX trazia alguns princípios nítidos de proteção à personalidade, como, por exemplo, referências à imagem (art.666) e ao direito do nome do autor de obra (arts. 449 ss). A legislação esparsa também enunciava muitos direitos dessa natureza.

Conforme Carlos Roberto Gonçalves (2010, p. 202) tem-se o seguinte comentário:

A proteção do direito à imagem resultou de um longo e paulatino trabalho pretoriano, visto não decorrer de texto expresso. À falta de melhor esteio, invoca-se o art. 666, X, do Código Civil de 1916, que focalizava, no entanto, antes uma limitação do direito do pintor e do escultor, em favor do proprietário de retratos ou bustos de encomenda particular e da própria pessoa representada e seus sucessores imediatos. Deu-lhe nova redação o art.

49, I, f, da Lei n. 5.988/73, que regulava os direitos autorais, posteriormente revogada pela Lei n. 9.610/98.

Como já mencionado, no tópico seguinte analisar-se-á a grande mudança referente à tutela do direito à imagem, trazida pela Constituição Federal de 1988, refletindo-se tal proteção na constitucionalização desse direito nas demais legislações infraconstitucionais, em especial, no código civil.

3.5 Proteção do direito à imagem na legislação pátria atual

Conforme já analisado, as Constituições anteriores à Carta Republicana de 1988 não tutelaram de modo expreso o direito à imagem, apenas fazendo de maneira implícita, quando muito no seio domiciliar. A legislação infraconstitucional com o Código Civil de 1916, por sua vez, também não se ocupou de sua tutela de modo sistemático, apenas o fazendo de modo ínfimo e esparso. Ou, ainda, com o advento da Constituição de 1934, houve uma pequena inovação no sentido de uma interpretação extensiva no que se refere ao regime e princípios adotados por tal Carta, sendo reproduzido tal preceito pelos demais Estatutos supremos posteriores.

“A Constituição Federal de 1988 veio afastar qualquer dúvida que porventura ainda pudesse pairar a respeito da tutela do direito à própria imagem.”

Assim dispõem a Constituição brasileira de 1988 acerca da defesa do direito à imagem:

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:

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à **imagem**;

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;

XXVIII - são assegurados, nos termos da lei:

a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas; (negritos nosso)

Como se vê, a Constituição trouxe duas modalidades de reparar o dano decorrente de violação ao direito à imagem, como o direito de resposta proporcional ao agravo e a indenização que pode assumir natureza patrimonial e moral ou apenas patrimonial ou moral, a depender do caso.

Coadunando-se com a previsão constitucional, o Código Civil brasileiro assim reza acerca dos direitos da personalidade, dentre eles, como já visto, figura o direito à imagem:

Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.

O Código de Processo Civil por sua vez, assim dispõe:

Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

Segundo Silvio de Salvo Venosa (2012, p.179):

Esse instrumento é importante meio para que não se concretize a ameaça ou para que se estanque a lesão aos direitos da personalidade. Assim, o juiz pode conceder essa modalidade de tutela liminarmente ou após justificação prévia, sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final (art. 461, § 3º, do CPC).

4. A LIBERDADE DE IMPRENSA DOS PROGRAMAS POLICIAIS EM COLISÃO COM O DIREITO À IMAGEM

4.1 A liberdade de imprensa dos programas policiais e o direito à imagem

Conforme já visto, ao longo de sua evolução a imprensa sempre desempenhou papel relevante na sociedade. Desde a criação da imprensa impressa, primeira espécie de imprensa, que pelas suas características rudimentares se deparava com algumas dificuldades de propagação da informação, já não se olvidava do interesse intrínseco ao ser humano de informar e ser informado, como necessidades inerentes a pessoa humana.

Séculos mais tarde, com o desenvolvimento de novas tecnologias, sobretudo, com o advento da televisão e da internet, surgem diversos programas de cunho jornalísticos, que tem como objeto primordial informar as pessoas sobre os fatos do cotidiano ocorridos, principalmente, nas grandes cidades situadas nas regiões metropolitanas. Dentre esses programas, uma modalidade que tem adquirido cada vez mais espaço nas programações das emissoras televisivas, é o jornalismo policial.

Não obstante a grande importância da liberdade de imprensa desses programas, sobretudo, por constituir um dos baluartes do Estado Democrático de Direito, sendo um direito fundamental assegurado constitucionalmente, não raro a imagem de pessoas são expostas sem nenhum critério. Como visto, o direito à imagem também é um direito fundamental, possuindo as mesmas prerrogativas Constitucionais do direito à liberdade de imprensa.

Nesse contexto, instaurasse a chamada colisão de direitos fundamentais ou de princípios fundamentais, segundo a teoria dos princípios de Robert Alexy, que será tratada em tópicos posteriores.

Assim, urge analisar em quais situações a liberdade de imprensa dos programas policiais será justificada em detrimento do direito à imagem do indivíduo, ou em quais casos o segundo preponderará, afastando-se tal liberdade. Nesse sentido, valendo-se do princípio da proporcionalidade e seus “subprincípios”, denominados por Alexy como “máximas parciais” e de métodos de sopesamento, o julgador poderá decidir de modo a evitar decisões contraditórias no âmbito de colisões de princípios fundamentais.

4.2 Limitações à liberdade de imprensa e ao direito à imagem

Conforme é cediço na doutrina, não existe direito fundamental absoluto. No que toca a liberdade de imprensa, a própria Constituição brasileira de 1988, trouxe em seu texto algumas limitações a esta liberdade que deve ser exercida dentro dos limites indispensáveis ao seu exercício.

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, **observado o disposto nesta Constituição.**

§ 1º - **Nenhuma lei** conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, **observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.**

Art. 5º (...)

IV - é livre a manifestação do pensamento, **sendo vedado o anonimato;**

V - é assegurado o **direito de resposta**, proporcional ao agravo, **além da indenização** por dano material, moral ou à imagem;

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;

XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, **atendidas as qualificações profissionais** que a lei estabelecer;

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e **resguardado o sigilo da fonte, quando necessário** ao exercício profissional; (Negritos nosso)

Depreendem-se dos trechos destacados, algumas limitações à liberdade de imprensa impostas pelo texto constitucional. Dentre tais restrições, tem-se: a vedação ao anonimato; proibição de atingir a honra ou a imagem das pessoas, sob pena de reparar o dano; atendimento das qualificações profissionais, embora, conforme já decidiu o Supremo, não haja mais a obrigatoriedade de formação superior em jornalismo para o regular exercício da profissão; no que toca o direito de ser informado ou receber informação, pode a emissora ou o profissional do jornalismo, resguardar o segredo da fonte, quando necessário ao exercício profissional, sendo, portanto, uma limitação ao direito de ser informado, e por consequência, uma prerrogativa do profissional do jornalismo.

No que se refere à regulamentação da liberdade de imprensa por legislação infraconstitucional, Priscila Coelho de Barros Almeida (2009, p.74), traz a seguinte contribuição:

Questão polêmica e interessante diz respeito a possibilidade de intervenção legislativa no âmbito da liberdade de informação para fins de disciplinamento ou regulamentação, em especial diante da proteção outorgada à imagem, à honra, à intimidade e à vida privada.

Por certo a Constituição de 1988 não traz em seu bojo determinação expressa quanto a reserva legal para o disciplinamento da liberdade de informação, no entanto da leitura do texto constitucional referente à matéria, sobretudo o § 1º do art. 220, verifica-se que o legislador constituinte dispôs acerca do impedimento de existência de lei que contenha embaraço a liberdade de informação jornalística, no entanto determinou a observância do disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV, podendo-se concluir que tal condicionante permite a regulamentação legal (reserva legal qualificada) acerca da liberdade de informação, para dar efetiva adequação aos dispositivos constitucionais citados.

O direito à imagem, por sua vez, também sofre algumas limitações ao seu exercício. No entanto, a Constituição Federal diferentemente do que fez com a liberdade de imprensa, não tratou de forma expressa acerca das restrições ao direito à imagem, podendo deixar a impressão de que tal direito seria protegido sob qualquer circunstância.

Nesse caso, se está diante de norma de direito fundamental que será restringida a partir de método interpretativo. São “as limitações só determináveis por meio de interpretação, estando implícitas no texto constitucional, são as limitações imanentes ou limites constitucionais não escritos”. (ALMEIDA APUD BARROS, 2009, p. 73)

4.3 Os direitos fundamentais como princípios

Conforme já mencionado, a liberdade de imprensa, um dos vetores da liberdade propriamente dita, e o direito à imagem, direito inerente à pessoa humana, são direitos fundamentais frutos de grandes conquistas da humanidade. Por toda sua importância histórica e atual para o sistema jurídico de uma nação, sobretudo, por fazer parte de um núcleo de direitos indispensáveis à concretização da dignidade humana, que é um dos pilares de um Estado Democrático de Direito, entre outros atributos, é que se reconhece a tais direitos o status de princípio.

Robert Alexy (2008, p.86) ao tratar da natureza principiológica dos direitos fundamentais, aduz que:

Não faltam indícios de que a distinção entre regras e princípios desempenha um papel no contexto dos direitos fundamentais. As normas de direitos fundamentais são não raro caracterizadas como “princípios”. Com ainda mais frequência, o caráter principiológico dos direitos fundamentais é sublinhado de maneira menos direta.

Sobre o tema, Jair Antônio Silva de Lima (2011) citando Luís Roberto Barroso traz a seguinte contribuição: “há direitos fundamentais que assumem a forma de princípios (liberdade, igualdade) e outros a de regras (irretroatividade da lei penal, anterioridade tributária). Ademais, há princípios que não são direitos fundamentais (livre-iniciativa).”

Robert Alexy (2008, p.90) argumenta que princípios são “[...] normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes.” Logo, não basta ser realizado. O princípio deverá ser concretizado da melhor forma possível, dentro das possibilidades existentes para o caso, sem olvidar, como se verá no caso de colisão, do respeito ao princípio não prevalente.

Ainda acerca de tal conceito, o referido autor defende que:

Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. (ALEXY, 2008, p. 90)

Citando Robert Alexy, Jair Antônio Silva de Lima (2011), aduz que o autor: “ao tratar do duplo caráter das normas de direitos fundamentais, afirma que estas normas podem ser regras, podendo, igualmente, serem apresentadas como princípios, sendo possível, em alguns casos, possuírem estas normas o duplo caráter, qual seja, o de regra e de princípio.”

Como se depreende, nem todos os direitos fundamentais assumem o caráter de princípio. Contudo, existem certos direitos fundamentais que pelas suas características assumem a função de princípio, e, em algumas situações concomitantemente a de princípio e de regra. A seguir, para uma melhor compreensão da definição de princípio,

serão abordadas algumas distinções entre princípios e regras, tratados por Alexy como espécies do gênero norma.

4.3.1 Diferenças entre Regras e Princípios

Conforme já tratado no tópico anterior, cumpre salientar que tendo em vista uma melhor compreensão sobre as diferenças entre regras e princípios, Robert Alexy procurou defini-los como espécies do mesmo gênero, qual seja, de norma. Assim, tanto a regra quanto o princípio são espécies de norma, pois derivam do mesmo tronco jurídico.

Segundo Alexy, diversos critérios são utilizados para distinguir princípios de regras, contudo, o mais mencionado é o da generalidade. “Segundo esse critério, princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto o grau de generalidade das regras é relativamente baixo.” (ALEXY, 2008, p. 87)

Exemplificando tal critério, o autor menciona o seguinte:

Um exemplo de norma de grau de generalidade relativamente alto é a norma que garante a liberdade de crença. De outro lado, uma norma de grau de generalidade relativamente baixo seria a norma que prevê que todo preso tem o direito de converter outros presos a sua crença. Segundo o critério de generalidade, seria possível pensar em classificar a primeira norma como princípio, e a segunda como regra. (ALEXY, 2008, pp. 87-88)

Continuando as teses criteriológicas, o autor traz as seguintes diferenciações:

Outros critérios discutidos são “a determinabilidade dos casos de aplicação”, a forma de seu surgimento – por exemplo, por meio da diferenciação entre normas “criadas” e normas “desenvolvidas” -, o caráter explícito de seu conteúdo axiológico, a referência a ideia de direito ou a uma lei jurídica suprema e a importância para a ordem jurídica. Princípios e regras são diferenciados também com base no fato de serem razões para regras ou serem eles mesmos regras, ou, ainda, no fato de serem normas de argumentação ou normas de comportamento. (ALEXY, 2008, pp. 88-89)

Pela determinação dos casos de aplicação, pode-se dizer que não é tarefa das mais fáceis determinar com antecipação em que situações os princípios serão aplicáveis, ao contrário das regras que já trazem em seu bojo os casos nos quais serão aplicadas.

Quanto à origem de seu surgimento, é possível defender que os princípios são normas desenvolvidas para dar sentido e sustentar um determinado sistema jurídico, enquanto que as regras seriam normas criadas para regular determinada situação. O caráter aparente de conteúdo axiológico advém da ideia de que os princípios visam uma finalidade a ser alcançada, enquanto que as regras já trazem o objetivo pré-definido.

A referência à ideia a uma ordem jurídica suprema, conforme já visto, contribuiu para sustentar a tese de que os direitos fundamentais têm a qualidade de princípios, muito embora nessa mesma ordem jurídica tenha normas de direitos fundamentais que são apenas regras. Como normas de argumentação os princípios explicam o seu sentido de existir, e ainda podem ser normas que regulam comportamento, proibindo, permitindo ou obrigando a realização de determinada conduta.

Entre as teses que sustentam as diferenças entre regras e princípios, Alexy relata aquela que defende que a diferença seria apenas de grau. A diferença de grau dita por diversos autores residiria somente na questão da generalidade, conforme já exemplificado linhas atrás.

Não obstante a relevância de tais distinções, Alexy se filia a tese de que não existiria apenas uma diferença de grau, mas uma distinção qualitativa. O autor aduz que há um critério decisivo para distinguir regras de princípios. “O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes.” (ALEXY, 2008, p. 90) Conforme visto, o autor define sucintamente princípios como “mandamentos de otimização”.

Em momento oportuno, ver-se-á que em caso de colisão de princípios, quando haverá a necessidade de sopesar, a escolha pela aplicação de um dos princípios deverá observar a seleção do meio mais adequado e necessário à aplicação de um dos princípios, visando-se potencializar a concretização do princípio perseguido e evitar prejuízos maiores ao princípio que será afastado no caso concreto. Esse método criterioso decorre do fato de serem os princípios mandamentos de otimização e também

por deverem ser realizados na maior medida possível, inclusive o princípio desprestigiado no embate.

Outra distinção possível seria aquela que leva em consideração a colisão ou conflito existente. Ela defende que as colisões entre princípios são solucionadas levando-se em consideração o caso concreto, acarretando apenas no afastamento do princípio em tal circunstância, sem, contudo, invalidá-lo. Já o conflito entre regras será resolvido em abstrato, culminando na invalidade de uma das regras.

4.3.2 Colisão entre princípios e conflito entre regras

Antes de partir para a resolução de um embate entre espécies normativas, cabe ao intérprete identificar se se está diante de uma regra ou de um princípio. Torna-se imperiosa essa identificação haja vista a necessidade de utilização de métodos antagônicos na solução de conflito entre regras ou colisão de princípios.

Quando o problema apresentado for um conflito entre regras, não se terá grandes dificuldades para solucionar a questão.

Segundo Alexy (2008, p. 92) tal situação será resolvida da seguinte forma:

Em um determinado caso, se se constata a aplicabilidade de duas regras com consequências jurídicas concretas contraditórias entre si, e essa contradição não pode ser eliminada por meio da introdução de uma cláusula de exceção, então, pelo menos uma das regras deve ser declarada inválida.

Observa-se a simplicidade na resolução do conflito entre regras. Não havendo cláusula de exceção, que de margem a aplicação de outra regra, uma delas deverá ser invalidada, utilizando-se os critérios da lei posterior derroga a anterior, lei especial derroga a geral, “mas é também possível proceder de acordo com a importância de cada regra em conflito.” De qualquer modo, o importante é: “[...] uma decisão sobre validade.” (ALEXY, 2008, p. 93)

Por outro lado, as colisões entre princípios não serão resolvidas de maneira tão simples quanto o conflito entre regras. “Se dois princípios colidem – o que ocorre, por

exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido -, um dos princípios terá que ceder.” (ALEXY, 2008, p. 93)

Nesse caso, não significará a invalidade de um dos princípios, nem tampouco a necessidade de inclusão de uma cláusula de exceção. O que ocorre na realidade, é que sob determinadas condições, um dos princípios tem prevalência sobre o outro. Não ocorrendo essas circunstâncias, a precedência poderá ser oposta.

Conforme Robert Alexy (2008, pp. 93-94): “Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência.”

Desse modo, arremata o referido autor: “Conflito entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso.” (ALEXY, 2008, p. 94)

4.4 Princípio da proporcionalidade no caso de colisão entre princípios

Consoante Robert Alexy existe uma proximidade entre os direitos fundamentais, com natureza de princípios e a máxima da proporcionalidade e suas “máximas parciais”: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Defende que há uma estreita relação entre a máxima da proporcionalidade e a natureza principiológica dos direitos fundamentais. Logo, assevera que tal máxima decorre da natureza dos princípios, e que estes decorrem daquela. (ALEXY, p. 116-117)

Como adequação entende-se o meio adequado capaz de concretizar o direito fundamental em questão. Se não for capaz de tal mister, não será o meio hábil a ser escolhido. Trata-se de uma adequação entre meio e fim. O meio é a escolha dentre as possibilidades fáticas existentes e o fim seria o produto dessa seleção, previamente imaginado e conhecido.

Segundo Robert Alexy (2008, p. 117) entende-se por necessidade “o mandamento do meio menos gravoso”. Seria, assim, a seleção do meio menos gravoso dentre os possíveis do plano fático. Não basta, portanto, ser o meio adequado à

realização do fim. Deverá, ainda, ser o que acarrete menos prejuízo ao princípio cujo sacrifício se exige. Para Robert Alexy (2008, p. 118), tanto a adequação, quanto a necessidade, decorrem da premissa de serem os princípios “mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas”.

Já a proporcionalidade em sentido estrito, seria, segundo Alexy, “mandamento do sopesamento propriamente dito”. O autor ainda aduz que: “A máxima da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, exigência de sopesamento, decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas.” (ALEXY, 2008, p. 117)

Assim, enquanto a adequação e a necessidade decorrem das possibilidades fáticas, a proporcionalidade em sentido estrito deflui das possibilidades jurídicas, consubstanciando, esta última, o ponto crucial da escolha do princípio prevalente.

É de bom alvitre frisar que nem sempre o julgador chegará a essa fase, já que em alguns casos poderá não haver possibilidades fáticas (condições materiais) para a realização de determinado direito fundamental, e o problema será resolvido com as “máximas parciais” da adequação ou da necessidade, ficando-se apenas no primeiro plano, qual seja, o fático. Nesse sentido, não se adentrará no plano das possibilidades jurídicas, e, por conseguinte, não se exigirá a realização do sopesamento. Logo, não haverá necessariamente uma colisão de direitos fundamentais.

4.5 Análise de Casos concretos à luz da Lei de Colisão

Conforme mencionado, inobstante serem ambos direitos fundamentais, não havendo, portanto, hierarquia entre eles e gozando das mesmas prerrogativas constitucionais, existem situações em que, a partir da análise do caso concreto, haverá a necessidade de definir qual direito irá prevalecer, em detrimento do outro. Assim, a partir de tal análise, e, valendo-se de métodos de resolução de colisões de direitos considerados princípios, notadamente, o princípio da proporcionalidade e suas “máximas parciais”: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, o julgador terá mais subsídios para decidir o embate, apontando o interesse prevalente.

Aliás, observando as decisões do Tribunal Constitucional Federal Alemão e valendo-se da terceira máxima parcial (proporcionalidade em sentido estrito), Alexy desenvolveu a Lei de Colisão, na qual visa estabelecer uma relação de precedência entre os princípios colidentes.

Nesse sentido, visando solucionar colisões de direitos fundamentais, Robert Alexy (2008, p. 96) defende o “[...] estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto”. Ele desenvolveu a chamada “Lei de Colisão”, que reflete a natureza dos princípios como mandamentos de otimização. A partir da análise do caso concreto, sob determinadas condições, um princípio terá precedência sobre o outro. Importante salientar que tais condições/situações não são quantificáveis nem existe relação absoluta de precedência entre os princípios.

Para melhor análise, observe-se uma decisão na qual se prestigiou a liberdade de imprensa de programa policial em detrimento do direito à imagem do indivíduo; e, logo em seguida, outro julgado no qual se decidiu favorável ao direito à imagem.

RECURSO INOMINADO. RESPONSABILIDADE CIVIL. DIREITO DE IMAGEM. REPORTAGEM VEICULADA EM PROGRAMA DE TELEVISÃO. OPERAÇÃO POLICIAL DE REPRESSÃO AO TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CUNHO EMINENTEMENTE JORNALÍSTICO. DANOS MORAIS INEXISTENTES.

A veiculação de reportagem que retrata operação policial realizada com o objetivo de reprimir o tráfico de entorpecentes em que veiculada imagem de várias abordagens realizadas pelos policiais, **sem a identificação clara das pessoas submetidas à ação e sem qualquer indicação de prisão efetuada**, não gera dano à imagem dos cidadãos. **Direito à imagem que deve ser avaliado de acordo com o contexto das informações veiculadas e o direito-dever de informar da empresa jornalística.** Imagens, legenda e comentários que sequer revelam a perfeita identificação do autor, não sendo capazes de retratar situação diversa do que a simples submissão do cidadão ao exercício do poder de polícia do Estado. Danos morais inexistentes. Sentença confirmada pelos seus fundamentos. RECURSO IMPROVIDO.

RECURSO INOMINADO Nº 71003563657, COMARCA DE TRAMANDAÍ: "NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO. UNÂNIME." (Negritos nosso)

Extrai-se do julgado acima **uma relação de precedência** no seguinte enunciado:

É permitido ou “não gera dano à imagem dos cidadãos”, veicular reportagem que retrate operação policial realizada com o objetivo de reprimir o tráfico de entorpecentes, em que veiculada imagem de várias abordagens realizadas pelos policiais, sem a identificação clara das pessoas submetidas à ação e sem qualquer indicação de prisão efetuada.

Usando uma formulação de preferência conforme Alexy ficaria: (P1 P P2) C; em que P1 seria a liberdade de imprensa dos programas policiais, que teria precedência P sobre o direito à imagem dos cidadãos P2, desde que sob determinada (s) condição (ões) C.

Observa-se as condicionantes: reportagem que retrate fato verdadeiro e de interesse social; veiculação das imagens sem identificação clara dos envolvidos na abordagem, demonstrando apenas o interesse em informar; e ainda sem indicação de prisão.

Por outro lado, se a veiculação de reportagem não retratar fato verdadeiro ou de interesse social, veiculando a identificação de imagens de indivíduos em situação de abordagem policial, não demonstrando apenas o interesse em informar, mas, por exemplo, de sensacionalizar, poderia ocorrer dano à imagem das pessoas.

Responsabilidade civil - Danos materiais e morais – **Programa televisivo que divulga a imagem do autor indevidamente**, imputando-lhe a prática do crime de estupro, com **comentários ofensivos do apresentador** - Preservação da fita da gravação que incumbia à emissora de televisão pelo prazo prescricional, no caso não operado - Falta de preservação da fita de gravação que leva à aplicação da norma do artigo 359 do Código de Processo Civil - Veracidade da narrativa dos fatos deduzida na petição inicial acerca do teor do programa, ademais, corroborada por prova testemunhal - Teor ofensivo do programa que gera o dever de indenizar - Danos materiais não comprovados - Danos morais, contudo, patentes - Indenização arbitrada em R\$ 100.000,00.

Dá-se parcial provimento ao recurso.

Apelação Cível nº 0275491-20.2009.8.26.0000 - Sao Paulo - Voto nº 12.210

Vale colacionar trechos do voto da Relatora designada Christine Santini:

[...]

Não houve **mera narrativa de fatos policiais, com isenção e seriedade**. Ao contrário. Houve incitação dos telespectadores contra a pessoa do autor, antes

de seu julgamento, olvidando-se os responsáveis pelo programa de que ninguém pode ser considerado culpado antes de condenação criminal com trânsito em julgado, após lhe ser assegurado amplo contraditório e firme possibilidade de defesa.

Pecaram os réus pela **vontade de "cativar" os telespectadores pela gravidade dos fatos em apuração** (estupro), sem respeito à figura do autor. Note-se: **se tivesse havido mera identificação do autor como suspeito do crime, já que preso pela autoridade policial**, nenhuma irregularidade restaria caracterizada. **O excesso resultou da adjetivação indevida, do sensacionalismo, da falta de respeito até mesmo com a família do suspeito**, que diretamente foi envolvida em escândalo, que, depois, foi caracterizado como sem fundamento no que respeita à figura do ora autor. O autor viu-se aviltado não só pela infundada suspeita de ter sido agente de crime tão violento (estupro), mas teve tal **situação agravada pela maneira desrespeitosa e escandalosa** pela forma pela qual sua **imagem** foi divulgada e pela adjetivação utilizada pelo apresentador do programa. (Negritos nossos) [...]

Como se pode ver, a decisão acima aponta a prevalência do direito à imagem sobre a liberdade de imprensa de programa policial.

Inferre-se desse julgado **uma relação de precedência do direito à imagem** tendo em vista as seguintes condicionantes: divulgação indevida da imagem do autor, “imputando-lhe a prática do crime” + “comentários ofensivos do apresentador”, configurando informação sem isenção e seriedade + “sensacionalismo” na divulgação da notícia. Logo, sob tais condições, tem-se P2 representando o direito à imagem que terá precedência sobre P1 que representa a liberdade de imprensa, quando ocorrida a condição C representada pelos três elementos ilustrados acima.

Como se pode inferir das análises acima, a Lei de Colisão fundamenta bem a teoria dos princípios elaborada por Alexy. Ela materializa o sopesamento propriamente dito, que será realizado na terceira etapa das máximas parciais da proporcionalidade: a proporcionalidade em sentido estrito.

Observe-se que a decisão foi reformada parcialmente, visando o órgão Colegiado, de acordo com o seu entendimento, adotar a medida menos gravosa à restrição da liberdade de imprensa do aludido programa policial. Com relação ao meio adequado, note-se que a escolha se pautou no dever de indenizar, que é geralmente a via eleita quando não respeitado direito da personalidade. No caso em apreço, houve patente desrespeito à imagem atributo do indivíduo, gerando a obrigação de reparar o dano imaterial.

Assim, identificado o meio mais adequado à concretização do direito fundamental, e adotando-se a opção menos gravosa ao direito desprestigiado no caso concreto, chega-se o momento de sopesar. Esse, portanto, é o instante de o julgador valer-se da Lei de Colisão, analisando qual princípio tem maior peso diante das circunstâncias apresentadas para o caso, e, por conseguinte, será possível decidir de maneira mais justa e equânime.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos fundamentais são importantes instrumentos na busca de uma sociedade mais justa e harmônica. A história de lutas e conquistas dessas prerrogativas denota o grande interesse dos indivíduos por uma vida mais digna e livre de interferências desarrazoadas em suas esferas individuais ou coletivas.

Assim, com o advento da constitucionalização desses direitos (inserção deles) nas diversas Cartas constitucionais de vários países, formalizou-se (primeira dimensão), e, posteriormente, buscou-se a efetivação (segunda dimensão) desses direitos fundamentais.

Contudo, com o natural desenvolvimento social, como o surgimento de novas instituições e o conseqüente aumento das contingências sociais, observou-se o crescimento de conflitos de interesses, sobretudo, na seara de direitos fundamentais.

Nesse contexto, surgem as colisões de direitos fundamentais. Analisou-se no presente trabalho o direito à liberdade de imprensa dos programas policiais como um dos baluartes do Estado democrático de direito, tendo em vista sua fortíssima influência para a formação da opinião pública e de outro lado, o direito à imagem do indivíduo, como direito personalíssimo indispensável à efetivação da dignidade humana, que não

raramente tem suas imagem –retrato e imagem-atributo expostas por tais programas. Como se observou, consubstanciam tais direitos em verdadeiras prerrogativas constitucionais não existindo hierarquia entre eles. Então, diante de colisão entre o direito à liberdade de imprensa dos programas policiais e o direito à imagem do indivíduo, qual deverá prevalecer?

Nesse diapasão, visando-se enfrentar a árdua questão, Robert Alexy desenvolveu a teoria dos princípios, na qual fundamenta a natureza principiológica dos direitos fundamentais. Assim, a colisão entre os princípios da liberdade de imprensa dos programas policiais e o direito à imagem do indivíduo, é enfrentada de maneira diversa de como se encara o conflito entre regras. Nesta última situação, será simples a solução, tendo em vista que uma regra invalidará a outra quando não for possível incluir uma cláusula de exceção. Já no caso dos princípios a situação não será tão simples, visto que não se pode invalidar princípios constitucionais. Os princípios são sempre válidos e como tais, em caso de colisão entre eles, a decisão se dará no caso concreto, tendo como parâmetro, diferentemente das regras, não a dimensão da validade, mas sim a dimensão do peso.

Nesse interim, a máxima da proporcionalidade e suas “máximas parciais”: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, consubstanciam-se em relevante instrumento para o julgador decidir o embate.

Com efeito, perquirindo o caminho da racionalidade insculpida na teoria dos princípios, qual seja, analisando-se no caso concreto as possibilidades de fato e de direito, e selecionando-se o meio adequado, e, dentre esses, o menos gravoso, e para em seguida realizar o sopesamento, tornar-se-á possível proferir decisões dotadas de maior justiça.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008

ALMEIDA, *Natália Droichi de.* **Comentários sobre a não recepção da lei de imprensa**. Disponível em:
< <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6626/Comentarios-sobre-a-nao-recepcao-da-lei-de-imprensa>> Acesso em 11/03/2014

ALMEIDA, Priscila Coelho de Barros. **A colisão entre liberdade de imprensa e direitos da personalidade**. Monografia (Pós Graduação Lato Sensu em Direito Constitucional). Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, 2009.

ARAUJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional da própria imagem**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

Arguição de descumprimento de preceito fundamental 130 Distrito Federal.
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>> -
Acesso em 13/03/2014

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho de. **Direito de Informação e liberdade de expressão**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CONSTITUIÇÃO POLITICA DO IMPERIO DO BRAZIL (DE 25 DE MARÇO DE 1824)

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm> - Acesso em 28/02/2014

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL (DE 24 DE FEVEREIRO DE 1891)

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm> - Acesso em 28/02/2014

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL (DE 16 DE JULHO DE 1934)

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm> - Acesso em 28/02/2014

CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL (DE 10 DE NOVEMBRO DE 1937)

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm> - Acesso em 28/02/2014

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1967

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm> - Acesso em 28/02/2014

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, volume 1: teoria geral do direito civil. – 28. ed. – São Paulo : Saraiva, 2011.

EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 1, DE 17 DE OUTUBRO DE 1969

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm> - Acesso em 10/03/2014

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 36. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2010.

FERREIRA, Pinto. **Curso de Direito Constitucional**. 12ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, volume 1: parte geral – 8. ed. – São Paulo : Saraiva, 2010.

GUERRA, Sidney. **A liberdade de imprensa e o direito à imagem**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

LEI Nº 5.250, DE 9 DE FEVEREIRO DE 1967.

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15250.htm> - Acesso em 01/03/2014

LIMA, Jair Antonio Silva de. **Teoria dos Princípios: colisão entre direitos fundamentais. Disponível em:** <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,teoria-dos-principios-colisao-entre-direitos-fundamentais,35361.html>> Acesso em 15/04/2014

LIMA, Renata Dayanne Peixoto de. **Do WELFARE STATE ao Estado Regulador**. Disponível em: <<http://conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.25101>> – Acesso em 25/01/2014

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 8. ed. Atualizada até a EC nº 67/10 - São Paulo: Atlas, 2011.

RAMOS, Diogo Freitas. **A colisão de direitos fundamentais: A liberdade de imprensa e o direito à imagem**. Monografia (Graduação em Direito) Universidade do Vale do Itajaí, 2007.

SERRANO, Vidal. **A proteção constitucional da informação e o direito à crítica jornalística**. São Paulo: FTD, 1997. – (Coleção juristas da atualidade / coordenação Hélio Bicudo)

SILVA, Felipe Ventin da. **Fundamentos dos direitos de personalidade e o papel da tutela inibitória na sua proteção**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 85, fev 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8955>. Acesso em 12/04/ 2014.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

STOLZE, Pablo Gagliano e FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil, volume I : parte geral** – 11. ed. – São Paulo : Saraiva, 2009.

Supremo julga Lei de Imprensa incompatível com a Constituição Federal. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=107402>> –

Acesso em 13/03/2014

TJ-RS - Recurso Cível 71003563657 RS (TJ-RS) – Recurso Inominado.

<<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22362884/recurso-civel-71003563657-rs-tjrs>> Acesso em 18/04/2014

TJ-SP - Apelação Cível nº 0275491-20.2009.8.26.0000

<http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20121023-06.pdf> Acesso em 18/04/2014

TOSSERI, Olivier. Gutenberg não inventou a imprensa. Disponível em:

<http://www2.uol.com.br/historiaviva/artigos/gutenberg_ao_inventou_a_imprensa.htm
l> Acesso em 01/03/2014

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: parte geral.** 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

Pontual, Helena Daltro. **Lei de Imprensa. STF revogou legislação feita durante regime militar**

<<http://www12.senado.gov.br/noticias/entenda-o-assunto/lei-de-imprensa>> - Acesso em 13/03/2014

APÊNDICE

TERMO DE RESPONSABILIDADE

Declaro assumir inteira responsabilidade civil e criminal pelo trabalho que desenvolvi nesta Monografia, exigido pela Faculdade de Estudos Administrativos de Minas Gerais, em face da legislação vigente, como pré-requisito final para obtenção do grau de Especialista em Direito Constitucional.

Estou ciente de que não posso reproduzir, como meu, pensamento de outro autor, sem citá-lo devidamente, de acordo com as regras da ABNT e do campo científico, assim como delegar a outrem a tarefa exigida para conclusão do curso, razão por que declaro-me devidamente alertado, pelas instituições acima referidas, sobre as consequências de eventual ofensa a direito autoral e sobre o comércio ilegal de monografias.

Isento, outrossim, o professor da disciplina, supervisor de Monografia, bem como a FEAD, de qualquer responsabilidade quanto à autoria do trabalho apresentado.

Belo Horizonte/MG, 03 de novembro de 2015.

Nome do Aluno