

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 351.

(ano VII)

(18/05 a 23/05 de 2015)

ISSN - 1984-0454



Conselho Editorial

COORDENADOR GERAL(DF/GO) -
VALDINEI CORDEIRO COIMBRA:
Fundador do Conteúdo Jurídico. Mestre em
Direito Penal Internacional. (clique para ver o
Lattes)

Coordenador do Direito Internacional (AM/DF):
SERGIMAR MARTINS DE ARAÚJO -
Advogado com mais de 10 anos de experiencia.
Especialista em Direito Processual Civil
Internacional. Professor universitário (clique
para ver o perfil)

Coordenador de Dir. Administrativo:
FRANCISCO DE SALLES ALMEIDA
MAFRA FILHO (MT): Doutor em Direito
Administrativo pela UFMG. (clique para ver o
Lattes)

Coordenador de Direito Tributário e Financeiro -
KIYOSHI HARADA (SP): Advogado em São
Paulo (SP). Especialista em Direito Tributário e
em Direito Financeiro pela FADUSP. (clique
para ver o Lattes)

Coordenador de Direito Penal - **RODRIGO**
LARIZZATTI (DF): Doutor em Ciências
Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo
Social Argentino - UMSA. (clique para ver o
Lattes)

SUMÁRIO

COLUNISTAS DA SEMANA



23/05/2015 Carlos Eduardo Rios do Amaral

» [Feminicídio: Imunidade penal de diplomata não foi recepcionada pela Constituição de 1988](#)

22/05/2015 Roberto Monteiro Pinho

» [Execução ainda é um desafio para magistrados](#)

21/05/2015 Renato Marcão

» [Condução coercitiva em CPI: a legalidade da condução coercitiva de testemunha, determinada por Comissão Parlamentar de Inquérito](#)

20/05/2015 Kiyoshi Harada

» [Atentado à Lei Orçamentária e crime de responsabilidade](#)

19/05/2015 Leonardo Sarmiento

» [O que esperar de Fachin como novo ministro do STF? O que esperar do STF?](#)

18/05/2015 Valdinei Cordeiro Coimbra

» [Mandado de Prisão com Difusão Vermelha \(red notice\)](#)

ARTIGOS DA SEMANA

23/05/2015 Rosemary Gonçalves Martins

» [A \(in\)compatibilidade na ordem de entrega de brasileiro nato à jurisdição do tpi diante da constituição da república federativa do Brasil](#)

23/05/2015 Breno da Silva Ramos

» [A \(ir\)responsabilidade pessoal do advogado parecerista](#)

23/05/2015 Tayson Ribeiro Teles

» [Os princípios ambientais impregnados no mérito da ADPF 101-DF/2004: o Poder Executivo Federal brasileiro em defesa do meio ambiente coletivo](#)

23/05/2015 Tauã Lima Verdan Rangel

» [Da Edificação da Universalização do Acesso ao Patrimônio Cultural: Ponderações à Lei nº 12.343/2010](#)

23/05/2015 Ari de Araujo Abreu Filho

» [Aspectos pontuais sobre a Lei Maria da Penha](#)

22/05/2015 Bruna Roberta Wessner Longen

» [O direito ao esquecimento frente ao princípio da dignidade da pessoa humana em confronto com a liberdade de imprensa](#)

22/05/2015 Carlos Eduardo Rios do Amaral

» [A incultura que mata](#)

22/05/2015 Leandro Ferreira Ramos

» [A Criminalização da Homofobia: uma pauta atual](#)

22/05/2015 Douglas Pereira da Silva

» [O fracasso do sistema penal retributivo e considerações teóricas sobre a justiça restaurativa: necessidades de avanços no sistema brasileiro](#)

22/05/2015 Breno da Silva Ramos

» [Contrato de obra pública: a necessidade da manutenção do desconto global](#)

22/05/2015 Tauã Lima Verdan Rangel

» [A Proeminência da Convenção de Paris de 1970: Medidas a serem adotadas para proibir e impedir a importação, exportação e transferência de propriedade ilícita dos bens culturais](#)

21/05/2015 Breno da Silva Ramos

» [Manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo](#)

21/05/2015 Rosemary Gonçalves Martins

» [A \(in\)compatibilidade na ofensa ao princípio da reserva legal, prevista no tratado de Roma do TPI, diante da Constituição da República Federativa do Brasil](#)

21/05/2015 Priscila Jenier Veloso

» [Direito Penal do Inimigo](#)

21/05/2015 Fernanda de Castro Lucas

» [Gestão por competências na Administração Pública: conceito e desafios](#)

21/05/2015 Tauã Lima Verdán Rangel

» [O Sistema Nacional de Informações e Indicadores Culturais \(SNIIC\) em exame: Singelas Ponderações à Lei nº 12.343/2010](#)

21/05/2015 Silvia Hermelinda Rodrigues Dionísio

» [Direito de ir e vir na sociedade brasileira](#)

20/05/2015 Sadi Tolfo Junior

» [Alterações qualitativas e quantitativas dos contratos administrativos - distinções](#)

20/05/2015 Rosemary Gonçalves Martins

» [A \(in\) compatibilidade na abolição das imunidades em geral e das prerrogativas de foro por exercício de função, prevista no Tratado de Roma do TPI, diante da constituição da república federativa do Brasil](#)

20/05/2015 Priscila Jenier Veloso

» [O direito penal do inimigo ativa bombas e cria monstros](#)

20/05/2015 José Flávio Matos Souza

» [PEC 457/05 e EC 88/2015 como precedente normativo para alteração da idade de aposentadoria compulsória do servidor público](#)

20/05/2015 Rosane Barros Santos da Silva

» [Igualdade entre homens e mulheres no ordenamento jurídico](#)

20/05/2015 Roberto Monteiro Pinho

» [Lobby da magistratura a favor da judicialização](#)

19/05/2015 Felipe Augusto Fonseca Vianna

» [Presunção de Inocência e Liberdade de Imprensa: A Cobertura Midiática e sua Influência no Tribunal do Júri. Estudo em Homenagem ao Professor Nasser Abrahim Nasser Netto](#)

19/05/2015 Fernando Rubin

» [Processo e Previdência: crescente interesse das cortes supremas em matéria previdenciária](#)

19/05/2015 Sadi Tolfo Junior

» [Dos deveres e proibições dos membros da Advocacia-Geral da União](#)

19/05/2015 Rosemary Gonçalves Martins

» [A \(in\)compatibilidade das exceções à coisa julgada, previstas no Tratado de Roma do Tribunal Penal Internacional, diante da Constituição da República Federativa do Brasil](#)

19/05/2015 Tauã Lima Verdan Rangel

» [O Plano Nacional de Cultura em análise: Primeiros Comentários à Lei nº 12.343/2010](#)

19/05/2015 José Flávio Matos Souza

» [A EC 72/2013 e suas principais alterações no regime trabalhista dos empregados domésticos](#)

18/05/2015 Carlos Eduardo Rios do Amaral

» [ECA: Ausência de relatório da equipe interprofissional leva à nulidade do processo](#)

18/05/2015 Sadi Tolfo Junior

» [Orientações para elaboração de parecer jurídico em concursos públicos](#)

18/05/2015 Valquiria Rocha Batista

» [Responsabilidade dos sócios na execução trabalhista](#)

18/05/2015 Rosemary Gonçalves Martins

» [A \(in\) compatibilidade da imprescritibilidade dos crimes abrangidos pela competência do TPI diante da Constituição da República Federativa do Brasil](#)

18/05/2015 José Flávio Matos Souza

» [A conciliação como meio alternativo de solução de litígios trabalhistas](#)

18/05/2015 Tauã Lima Verdan Rangel

» [Anotações à Convenção sobre a Proteção do Patrimônio Cultural Subaquático de 2001](#)

MONOGRAFIAS DA SEMANA (ACESSO ON LINE)

23/05/2015 Marina Zilberknop Mendes

» [O Juiz das Garantias previsto pelo PLS nº 156/09](#)

23/05/2015 Monica da Silva Leite

» [A responsabilidade civil do corretor de seguros](#)

23/05/2015 Vanessa Medina Cavassini

» [A influência da mídia no Tribunal do Júri](#)

18/05/2015 Aline Albuquerque Ferreira

» [O Brasil e o preconceito: uma análise teórica e crítica da Lei 7.716/89 frente à realidade brasileira](#)

18/05/2015 Rafael Nascimento de Cordova

» [A tributação dos serviços de restaurante: competência tributária e conflitos](#)

18/05/2015 Rozilene de Abreu

» [Discriminação no ambiente de trabalho: fatores estruturantes da desigualdade social no Brasil](#)

FEMINICÍDIO: IMUNIDADE PENAL DE DIPLOMATA NÃO FOI RECEPCIONADA PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988

CARLOS EDUARDO RIOS DO AMARAL:
Defensor Público do Estado do Espírito Santo.

Encerrada a 2ª Grande Guerra Mundial em 1945, com a derrocada da Alemanha Nazista e rendição do Império do Grande Japão, tem início a digladição entre as duas superpotências do globo terrestre, os Estados Unidos da América e a União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, pela supremacia do capitalismo e do comunismo, respectivamente. É a chamada Guerra Fria, que durou até a queda de Mikhail Gorbachev, em 1991.

Na América Latina, durante a Guerra Fria, na disputa entre o capitalismo e o comunismo, a predominância foi dos Estados Unidos. A partir dos Anos 50 uma série de golpes de estado implementou diversas ditaduras nos países latino-americanos, com o envolvimento do governo norte-americano. Guatemala, Paraguai, Argentina, Brasil, Bolívia, Peru, Uruguai, Chile, República Dominicana, Nicarágua, entre outros, viveram longas ditaduras militares até o esfacelamento da União Soviética. O Brasil só voltaria a eleger democraticamente um Presidente da República em 1989.

E foi nesse período de exceção que o Marechal Castello Branco, sob a égide de seu Ato Institucional nº 1, de 09 de abril de 1964, que modificou a Constituição 1946 quanto à eleição, ao mandato e aos poderes do Presidente da República, conferindo aos Comandantes-Chefe das Forças Armadas o poder de suspender direitos políticos e cassar mandatos legislativos, excluindo a apreciação judicial desses atos, promulgou em 08 de junho de 1965 a Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas, que no seu Art. 31 assegurou imunidade penal a agentes diplomáticos.

Mais do que garantir imunidade de jurisdição penal a indivíduos, a Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas, em um momento de grande tensão política e armamentista, inclusive nuclear, que vivia o mundo por conta da disputa entre EUA e URSS, possibilitou o eficaz desempenho das funções das missões diplomáticas em seu caráter de representantes dos Estados, independentemente da diversidade de seus regimes constitucionais e alinhamento político internacional.

Com o fim da ditadura militar brasileira em 1985 e instalação da Assembléia Nacional Constituinte em 1987, finalmente aos 05 de outubro de 1988 é promulgada a Constituição da República Federativa, a chamada Constituição Cidadã, em razão de seu propósito de resgatar todos os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, promovendo a franca abertura política e

permitindo a participação do Poder Judiciário sempre que houver lesão ou ameaça de lesão a direitos.

No §3º, de seu Art. 5º, nossa vigente Constituição não deixou dúvidas a respeito das forças dos tratados e convenções internacionais subscritos pelo Brasil:

“Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

Destarte, tratados e convenções internacionais que não versarem sobre direitos humanos, após aprovação do Parlamento, em qualquer caso, serão equivalentes às leis ordinárias. E como espécies normativas de quilate das leis ordinárias se submeterão sempre à supremacia e controle da Constituição. Podendo, conforme o caso, serem declarados não-recepcionados ou inconstitucionais.

A Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas não se constitui em tratado ou convenção internacional sobre direitos humanos, muito menos foi aprovada em cada Casa do Congresso Nacional em dois turnos por três quintos dos votos dos respectivos membros. Assim, esse diploma está longe de possuir status de emenda constitucional.

Daí, o Art. 31, 1, da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas que disciplina que o agente diplomático goza de imunidade penal absoluta não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, notadamente no que diz respeito à prática do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos (homicídio, latrocínio, estupro *etc*).

Senão, vejamos:

“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:

(...)

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

(...)

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem”.

E além de sua inconstitucionalidade manifesta, o Art. 31, 1, da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas não resiste ao controle de convencionalidade frente à Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará) de 1994 e a Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a

Mulher das Nações Unidas (CEDAW) de 1979. Estas duas últimas convenções, ao contrário da Convenção de Viena, possuem nítido conteúdo de promoção dos direitos humanos e, assim, possuem envergadura normativa de emendas constitucionais. Também podem ser consideradas o embrião da Lei Maria da Penha.

Atendendo aos reclamos da Organização dos Estados Americanos e da Organização das Nações Unidas, em 09 de março de 2015, o Brasil alterou o Art. 121 de seu Código Penal de 1940, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, incluindo-o no rol dos crimes hediondos.

Em conclusão, não existe em nossa legislação democrática atual qualquer imunidade penal conferida a agente diplomático, seja absoluta ou relativa, no caso da prática de crimes em solo brasileiro, notadamente nos casos de feminicídio, considerado hediondo.

Toda e qualquer forma de violência contra a mulher praticada no País deverá se submeter à competência indeclinável de nossa jurisdição, sob pena de afronta à Constituição Federal de 1988 e às Convenções de Direitos Humanos da Mulher subscritos pelo Brasil.

Conforme a NBR 6023:2000 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico publicado em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma: AMARAL, Carlos Eduardo Rios do. *Feminicídio: Imunidade penal de diplomata não foi recepcionada pela Constituição de 1988*. Clubjus, Brasília-DF: 23 maio 2015. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?colunas&colunista=60668&ver=2157>>. Acesso em: 23 maio 2015.

EXECUÇÃO AINDA É UM DESAFIO PARA MAGISTRADOS

ROBERTO MONTEIRO PINHO: Foi diretor de Relações Internacionais da Confederação Geral dos Trabalhadores (CGT), editor do periódico Jornal da Cidade, correspondente internacional, juiz do trabalho no regime paritário, é Membro da Associação Brasileira de Imprensa ABI, radialista, consultor e dirigente sindical, no setor privado é diretor de RH, especialista em Arbitragem (Lei 9.307/96), Membro da Associação Sulamericana de Arbitragem - ASASUL, Membro do Clube Jurídico do Brasil, titular da Coluna Justiça do Trabalho do jornal "Tribuna da Imprensa" do RJ, (Tribuna online), é Assessor Especial da Presidência da Ordem dos Advogados do Brasil - Subseção Barra da Tijuca - RJ, no campo da advocacia, com foco no judiciário brasileiro, vem dando através de matérias temáticas, apoio as causas do segmento através do seu "Blog online", e colabora com 29 dos principais sites jurídicos trabalhistas do País.

Pesquisa divulgada em 2014 revelou que os advogados não confiam na justiça brasileira. Numa escala de 0 a 100, eles deram nota 31,9 para a justiça nacional. O resultado da pesquisa mostra ainda que a confiança no poder judiciário por parte dos advogados está caindo desde que começou, há três anos, pois na primeira pesquisa - em 2011, a nota final dada por eles foi 32,7. Para se chegar a esses números é levado em conta o ICJA (Índice de Confiança dos Advogados na Justiça), composto por sete indicadores que avaliam a percepção desses profissionais sobre aspectos como eficiência, honestidade, morosidade, facilidade de acesso, custo para a solução de litígios, falta de igualdade no tratamento das partes e perspectiva de futuro da justiça. O levantamento foi feito pela Fundação para Pesquisa e Desenvolvimento da Administração, Contabilidade e Economia (Fundace), criada por docentes da Faculdade de Administração e Economia da USP de Ribeirão Preto (SP).

Foram entrevistados 987 advogados de todas as regiões brasileiras. O estudo apontou que nenhum dos sete indicadores atingiu nota acima de 50. O indicador que teve a pior avaliação foi o referente à rapidez na solução de litígios, que ficou com nota 12,1. Já o mais bem

avaliado foi o referente à perspectiva de futuro da justiça brasileira, com nota 45,5. Os números oficiais do judiciário brasileiro, divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), relativos ao ano de 2008, indicavam que 70 milhões (hoje são 96,4 milhões) de processos estavam nas mãos dos 15 mil magistrados federais, estaduais e do trabalho. O relatório concluiu que o acúmulo de demandas atrasa as decisões, mas não justifica a lentidão do Judiciário no país, e sim uma vigente legislação processual excessivamente burocrática, que segundo analistas do governo, permite a multiplicação de recursos e todo tipo de artimanha protelatória, dificultando o acesso da população à Justiça.

Segundo dados da Coordenadoria de Estatística do TST, as Varas do Trabalho acumularam, em 2014, 1.135.201 novos processos na fase de execução, e encerraram 661.551 execuções. O número de execuções iniciadas foi 42,4% superior ao de 2013, e o de encerradas 18% menor. O resíduo, em dezembro, era superior a dois milhões de processos.

De fato não vem de hoje que juristas e legisladores, sempre acompanhado pelos magistrados, criam novos dispositivos de lei, como forma de solucionar a morosidade do judiciário. Mas o que temos visto na realidade é o açodamento para questões omissas no texto relativo a cada ramo de um dos mais polêmicos do judiciário, o CPC na esfera civil, e a CLT na trabalhista, ambos desprovidos de textos definidos para o instituto da execução, notadamente a realização de Hasta Pública e Leilão de bens imóveis. É de tal pobreza seu atual texto executório, que muito embora as duas justiças utilizem préstimos do Código Civil (CC), Código de Defesa do Consumidor (CDC) e da Lei Fiscal, o resultado final, quase sempre é desastroso, não só pelo manejo das ferramentas disponibilizadas neste conjunto, mais pela interpretação adjetiva e a tentativa de inovar, com base numa simples linha do direito, - a de que o juiz deve atender ao mais relevante para a solução da lide. É neste sentido a arbitragem, se torna imperiosa na solução pré demanda.

Da fato, o novo CPC recepciona a arbitragem em litígios de bens disponíveis, e vai mais além, amplia seu universo e permite fazer título executivo. Recente o STJ decidiu quando há previsão de arbitragem no contrato, é possível a execução judicial de confissão de dívida certa, nos termos do artigo 585, inciso II, do Código de Processo Civil. Isso porque o juízo arbitral é desprovido de poderes coercitivos. A decisão é

da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça que determinou à Justiça de Minas Gerais que prossiga no julgamento de embargos do devedor. Segundo o relator, ministro Villas Bôas Cueva, “a existência de título executivo extrajudicial prescinde de sentença arbitral condenatória para fins de formação de outro título sobre a mesma dívida”. O entendimento da Turma foi de que a oposição de embargos do devedor não afasta a executividade do título simplesmente por ter sido conduzida a matéria ao órgão jurisdicional estatal, motivo pela qual as instâncias ordinárias devem examinar as alegações da embargante quanto aos demais aspectos da impugnação.

Conforme a NBR 6023:2000 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico publicado em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma: PINHO, Roberto Monteiro. *Execução ainda é um desafio para magistrados*. Clubjus, Brasília-DF: 22 maio 2015. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?colunas&colunista=12174&ver=2156>>. Acesso em: 23 maio 2015.

CONDUÇÃO COERCITIVA EM CPI: A LEGALIDADE DA CONDUÇÃO COERCITIVA DE TESTEMUNHA, DETERMINADA POR COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO

RENATO MARCÃO: Jurista. Membro do Ministério Público do Estado de São Paulo. Autor, dentre outros, dos seguintes livros pela editora Saraiva: Curso de Processo Penal; Curso de Execução Penal; Lei de Execução Penal Anotada; Execução Penal; Crimes Ambientais; Crimes contra a Dignidade Sexual; Estatuto do Desarmamento; Crimes de Trânsito e Tóxicos.

RODRIGO TANAMATI: Juiz de Direito no Estado de São Paulo

1. Introdução

A atual crise política brasileira tem exigido, mais uma vez, a atuação efetiva do Congresso Nacional no exercício de seu poder/dever de fiscalizar, por intermédio das Comissões Parlamentares de Inquérito.

Em episódio ocorrido em um passado recente, uma das Comissões, no transcorrer das investigações, determinou a condução coercitiva de testemunha que, intimada, não compareceu à sessão designada para sua oitiva.

De tal proceder decorre a inquietação que constitui objeto do presente trabalho e que visa buscar saber se as Comissões têm poderes para determinar a condução forçada daquele que deixar de comparecer voluntariamente.

2. Poderes constitucionais das Comissões Parlamentares de Inquérito

O fiel desempenho da salutar missão constitucional incumbida às Comissões representa uma garantia do Estado Democrático de Direito e corolário da independência e harmonia entre os Poderes da República.

Para obtenção dos resultados colimados pela carta política, as Comissões Parlamentares de Inquérito foram dotadas de poderes instrutórios, visando à apuração de fatos delimitados, objeto de investigação.

Segundo o parágrafo 3º, do artigo 58, da Constituição Federal, as Comissões Parlamentares de Inquérito têm poderes de investigação próprios das autoridades judiciárias, além de outros previstos nos

regimentos das respectivas casas. Dentre os poderes enfeixados nas mãos das Comissões, inclui-se a possibilidade de intimar e ouvir testemunha.

Conforme JULIO FABBRINI MIRABETE, “a pessoa arrolada como testemunha está obrigada a comparecer a juízo no local e na hora designados para o depoimento, em qualquer ação penal. Salvo as hipóteses previstas em lei (artigos. 207, 220, 221, 252, II, 258 e 564, I, do CPP), se a testemunha regularmente notificada deixar de comparecer sem motivo justificado, o juiz poderá requisitar à autoridade policial sua apresentação, ou determinar seja ela conduzida por oficial de justiça, que poderá solicitar auxílio da força pública”.^[1]

Disso decorre que a testemunha regularmente intimada tem o dever legal de comparecer à sessão realizada pela Comissão Parlamentar de Inquérito e responder aos questionamentos que lhe forem dirigidos, ressalvadas as exceções legais. Caso não compareça espontaneamente, poderá ser determinada sua apresentação mediante condução coercitiva.

3. Possibilidade jurídica de condução coercitiva de testemunha determinada por CPI

Verificada a ausência da testemunha, indaga-se: as Comissões Parlamentares de Inquérito têm poder jurídico para determinar diretamente a condução coercitiva da testemunha ausente ou necessita socorrer-se do Poder Judiciário para que esse órgão verifique se ocorreu hipótese legal de cabimento da medida extrema?

O tema foi inicialmente regrado pela Lei n. 1.579/52, que dispõe sobre normas gerais das Comissões Parlamentares de Inquérito. O artigo 3º do referido diploma legal dispõe: “Indiciados e testemunhas serão intimados de acordo com as prescrições estabelecidas na legislação penal”.

O seu parágrafo único estabelece que, “em caso de não comparecimento da testemunha sem motivo justificado, a sua intimação será solicitada ao juiz criminal da localidade em que resida ou se encontre, na forma do artigo 218 do Código de Processo Penal”.

Após, a Constituição Federal de 1988 dispôs no parágrafo 3º do artigo 58 que as Comissões Parlamentares de Inquérito terão os mesmos poderes instrutórios das autoridades judiciais.

Daí a questão: a Lei n. 1.579/52 foi ou não recepcionada pela nova ordem constitucional? Em outras palavras, dentro dos “poderes instrutórios” conferidos pela Carta Magna às Comissões Parlamentares de Inquérito, está incluída a possibilidade de determinar diretamente a condução coercitiva da testemunha faltante?

Sobre o tema, existem dois posicionamentos.

Para alguns, o mencionado dispositivo legal não foi recepcionado pela atual Constituição uma vez que esta conferiu poderes para a CPI realizar diretamente suas atividades, sendo dispensável socorrer-se do Judiciário para tal desiderato. Por adotar esse entendimento, ALEXANDRE DE MORAES^[2] inclui dentre os poderes da CPI a possibilidade de determinar a condução coercitiva de testemunha.

Seguindo essa orientação, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo reconheceu a ausência de interesse de agir em pedido de condução coercitiva de testemunha formulado, em jurisdição voluntária, pelo presidente de CPI instalada na esfera municipal, fundamentando que a Constituição Federal “*concedeu poderes de investigação próprios das autoridades judiciais às comissões parlamentares de inquérito, pelo que não se vislumbra necessidade na prestação jurisdicional almejada*” (Apelação Cível nº 308.048-5/2-00, 5ª Câmara de Direito Público, rel. Des. Ricardo Anafe, j. 4-9-2003).

O Supremo Tribunal Federal sinalizou para a possibilidade de condução coercitiva pela CPI, ao conceder, em caráter preventivo, ordem de *habeas corpus* contra ameaça de constrangimento à liberdade de locomoção, materializada na “*intimação do paciente para depor em CPI, que contém em si a possibilidade de condução coercitiva da testemunha que se recuse a comparecer*” (HC 71.261, Tribunal Pleno, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 11-5-1994, DJ de 24-6-1994).

Para outros, e dentre eles CÁSSIO JUVENAL FARIA,^[3] a Lei n. 1.579/52, nesse particular, permanece em vigor, competindo ao Poder Judiciário aferir a legalidade e determinar a condução coercitiva, se for o caso, por se tratar de medida que afeta direitos fundamentais e, dessa forma, incluída entre as atribuições precípua da função jurisdicional.

Registre-se que está em tramitação no Congresso Nacional o Projeto de Lei n. 2.266/2007, que dispõe sobre a possibilidade de condução coercitiva de testemunhas e indiciados determinada por Comissão Parlamentar de Inquérito, dando nova redação à Lei n. 1.579/1952.

4. Conclusão

A relevância do papel jurídico-constitucional conferido pela Carta Magna às Comissões Parlamentares de Inquérito demanda sejam elas dotadas de instrumentos eficientes no desempenho de suas atividades.

Sob esse prisma, é de se admitir que, respeitados os limites impostos pelo ordenamento jurídico, são amplos os poderes investigatórios das Comissões.

Assim sendo, a possibilidade de determinar condução coercitiva diretamente, sem intervenção do órgão jurisdicional, é inerente às atribuições constitucionalmente outorgadas às Comissões, como forma de garantir a celeridade e efetividade das investigações e, conseqüentemente, da atividade fiscalizatória atrelada ao Poder Legislativo. Nessa seara, não incide o princípio constitucional da “reserva de jurisdição”. Fica resguardado, todavia, o direito daquele que se sentir lesado, de buscar junto ao Poder Judiciário, instituição estatal imparcial e que tem como função precípua aplicar o direito ao caso concreto, apreciar eventual ameaça ou lesão a direito.

NOTAS:

[1] *Código de Processo Penal Interpretado*. 11 ed., São Paulo, Atlas, 2003.

[2] *Direito Constitucional*. 9ª ed. São Paulo, Atlas, 2001.

[3] *Comissões Parlamentares de Inquérito*. 2ª ed. São Paulo, Paloma, 2002.

Conforme a NBR 6023:2000 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico publicado em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma: MARCÃO, Renato . TANAMATI, Rodrigo. *Condução coercitiva em CPI: a legalidade da condução coercitiva de testemunha, determinada por Comissão Parlamentar de Inquérito*. Clubjus, Brasília-DF: 21 maio 2015. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?colunas&colunista=64&ver=2155>>. Acesso em: 23 maio 2015.

ATENTADO À LEI ORÇAMENTÁRIA E CRIME DE RESPONSABILIDADE

KIYOSHI HARADA: Advogado em São Paulo (SP). Especialista em Direito Tributário e em Direito Financeiro pela FADUSP. Professor de Direito Tributário, Administrativo e Financeiro. Conselheiro do Instituto dos Advogados de São Paulo. Presidente do Centro de Pesquisas e Estudos Jurídicos. Membro do Conselho Superior de Estudos Jurídicos da Fiesp. Ex Procurador-Chefe da Consultoria Jurídica do Município de São Paulo. Site: www.haradaadvogados.com.br

A Constituição Federal define com solar clareza como crime de responsabilidade do Presidente da República^[1] o atentado contra a lei orçamentária nos seguintes termos:

Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra:

...

VI – a lei orçamentária.

Por sua vez dispõe o art. 10 da Lei nº1.079/50:

Art. 10. São crimes de responsabilidade contra a lei orçamentária:

...

4. infringir, patentemente, e de qualquer modo, dispositivo da lei orçamentária;

...

6. ordenar ou autorizar a abertura de crédito em desacordo com os limites estabelecidos pelo Senado Federal, sem fundamento na lei orçamentária ou na de crédito adicional ou com inobservância de prescrição legal.

Já se tornou uma prática corrente o desvio sistemático das verbas orçamentárias consignadas na Lei Orçamentária Anual (LOA) aprovada pelo Parlamento Nacional, procedendo-se a abertura de créditos extraordinários ao arrepio das normas orçamentárias em vigor. Assim, a

vontade da população no direcionamento dos recursos financeiros arrecadados por meio de pesados tributos, refletida na peça orçamentária aprovada por seus representantes, é desvirtuada e afrontada por ato do Executivo que vem lançando mão de medidas provisórias para remanejar as verbas de uma dotação existente para execução de determinada programação governamental. Não é por acaso que as verbas das dotações, inclusive, as das concernentes a setores essenciais como saúde, educação e transporte são tradicionalmente executadas apenas parcialmente. Ninguém sabe onde vão parar o restante dos recursos não utilizados.

Consoante escrevemos as “despesas extraordinárias são aquelas imprevisíveis e urgentes a serem atendidas mediante abertura de créditos extraordinários tendo como fontes a arrecadação de tributos de natureza temporária: empréstimo compulsório (art. 148, I da CF) e impostos extraordinários (art. 154, II da CF)” [2].

De fato, são os casos de calamidade pública, de guerra ou de comoção interna, que nos precisos termos do art. 41, III, da Lei nº 4.320/64 que dão ensejo à abertura de crédito extraordinário. Esse preceito legal foi recepcionado pelo art. 167, § 3º da CF *in verbis*:

“A abertura de crédito extraordinário somente será admitida para atender despesas imprevisíveis e urgentes, como as decorrentes de guerra, comoção interna ou calamidade pública, observado o disposto no art. 62” [3].

O mandamento constitucional é claro como água. Despesas imprevisíveis e urgentes não se confundem com as despesas previsíveis, mas não incluídas na LOA. Estas devem ser objetos de abertura da crédito adicional especial, jamais de crédito extraordinário e muito menos à custa de anulação parcial das verbas de dotações consignadas na LOA.

Nem mesmo eclosão de comoção intestina, guerra ou calamidade pública autoriza abertura de créditos extraordinários à custa do sacrifício de verbas de outras dotações existentes para o cumprimento do plano de ação governamental aprovado pelo Congresso Nacional.

Por isso, existem inúmeras decisões do STF suspendendo os efeitos das leis que converteram as medidas provisórias da espécie, dentre elas as ADIs ns. 2925 e 4.048. Essas decisões têm caráter ilustrativo e educativo, mas os desvios continuaram na ausência de sanção por iniciativa de órgãos ou pessoas legitimadas.

No passado, os desvios de recursos eram feitos mediante expressa indicação das dotações parcialmente anuladas para entender as

despesas correntes apelidadas de “extraordinárias”. A partir de 2014 agravou-se a irregularidade da execução orçamentária, ou melhor, aperfeiçoou-se o mecanismo de desvio de verbas. As medidas provisórias que abrem créditos extraordinários para atender despesas normais de Ministérios, órgãos e fundos não mais contêm a indicação da fonte de recursos no corpo do instrumento legislativo, como vinha constando até o ano de 2013. São os casos das MPs ns. 659/14, 655/14 e 654/14 que abriram créditos extraordinários nos valores de 1.773.069.612,00 (para os Ministérios da Defesa e Relações Exteriores), de 5.400.000.000,00 (para programas vinculados ao Fundo de Financiamento ao Estudo) e de 1.304.652.399,00 (para financiamento de atividades da Política Nacional de Justiça e outras), respectivamente. Em nenhuma dessas aberturas de créditos constam as indicações das fontes de recursos no corpo da respectiva medida provisória.

O princípio da transparência orçamentária determina a especificação da exata finalidade da verba extraordinária, a sua quantificação e a indicação da respectiva fonte de recursos. A finalidade, além de vaga e imprecisa não se enquadra em nenhuma das hipóteses admitidas pela Constituição e a indicação da fonte de recursos está ocultada.

No início de 2015 os desvios começaram antes da aprovação da LOA. As MPs ns. 666/15 e 667/15. A MP nº 666/15 abriu um crédito extraordinário no valor de 20.139.294.891,00 para diversos órgãos do Poder Executivo e de empresas estatais por conta de verbas constantes do Projeto de Lei Orçamentária de 2015 em discussão no Congresso Nacional. A MP n. 667/15, por sua vez, por conta de verbas consignadas no Projeto Orçamentário de 2015 em discussão no Parlamento abriu um crédito extraordinário no valor de 74.014.218.398,00 para atender despesas que nada têm de extraordinário.

O que fazem os órgãos de fiscalização e controle da execução orçamentária? Ao que tudo indica, nada fazem. Por que? Cada um poderá tirar as suas conclusões!

Esse quadro reinante é sumamente grave. Além de escamotear a LOA que é um instrumento do exercício de cidadania à media que pelo princípio da legalidade das despesas direciona a aplicação dos recursos financeiros arrecadados por meio de tributos, esses desvios obrigam o Estado a manter um quadro permanente de elevação da carga tributária para fazer face às crescentes despesas não contempladas na lei orçamentária anual, portanto, não referendadas pela população pagante.

NOTAS:

[1] Por simetria, aplica-se aos governadores e aos prefeitos.

[2] Cf. nosso *Direito financeiro e tributário*, 24. ed. São Paulo: Atlas, 2014, P. 33.

[3] Art. 62 da CF cuida das hipóteses de edição de medidas provisórias.

Conforme a NBR 6023:2000 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico publicado em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma: HARADA, Kiyoshi. *Atentado à Lei Orçamentária e crime de responsabilidade*. Clubjus, Brasília-DF: 20 maio 2015. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?colunas&colunista=390&ver=2154>>. Acesso em: 23 maio 2015.

O QUE ESPERAR DE FACHIN COMO NOVO MINISTRO DO STF? O QUE ESPERAR DO STF?

LEONARDO SARMENTO: Advogado, professor, escritor, cronista e articulista.

O presente artigo fora confeccionado logo nos primeiros minutos da sabatina realizada em face do professor Edson Fachin, horas antes de adentrarmos a uma palestra que fomos honrados com o convite. Já o tratamos como ministro sim, pelo papel republicano absolutamente estéril que se reverbera do Senado Federal (CCJ) como instituição política constitucionalmente competente para o procedimento, que serve apenas para avalizar a escolha presidencial, em momento algum funciona como a instituição representativa que o legislador constituinte preconizou na [Constituição Federal](#) de 1988. Sabemos ainda como funciona a política em uma de suas exortações (legítima ou apodrecidas?), quando a presidente apenas indica oficialmente depois de colher do Senado Federal da certeza da aprovação do nome escolhido. Aí sim, monta-se o "circo democrático". Será que desta vez o processo político formatar-se-á conforme o script?

Sabemos que nossa opção por articularmos antecipando a aprovação do nobre professor Luiz Edson Fachin como ministro do STF parece perigosa e irresponsável, quanto mais neste momento de completo descrédito da política de Governo atual, mas asseveramos tratar-se de uma crítica pensada e repensada à parcela de nossa democracia que efetivamente não funcionava, quando nossa [Constituição](#) vinha funcionando sim, nestes particulares casos, como uma folha de papel, como ditava Lassalle. Qual a serventia de uma sabatina para aprovação de

um nome indicado que já está previamente acordado pela aprovação, por isso indicado? Entendemos como fraude à democracia e à [Constituição](#). Esperamos que esta prática encontre seu fim!

Há sim um suspiro de possibilidade do ressurgimento dos valores democráticos, quando com ineditismo, fruto da pressão da sociedade, a margem para vitória do indicado de Dilma está informalmente em 3, 4 votos quando sair da CCJ e for para o Plenário do Senado Federal. Caso esse fato se concretize, o papel do Senado voltará a ser o papel institucional relevante que previu o constituinte no [texto constitucional](#).

Uma improvável rejeição, além de representar o renascimento do papel do Senado Federal no processo, conforme expusemos, decreta inexoravelmente a ingovernabilidade da presidente Dilma e do PT.

Politicamente Dilma e seus companheiros costuraram encontros para garantia do êxito da indicação. Todos os senhores senadores foram visitados. Veremos como anda nossa democracia na terça-feira, quando o plenário do Senado será consultado. Caso eleito, é acompanhar a lista de nomeações que Dilma fará para órgãos governamentais, empresas públicas (...) dos seus aliados...

Fachin, que com o seu discurso no ato pré-sabatina quis reafirmar-se um positivista, garantidor da segurança jurídica, da preponderância do Legislativo sobre o Judiciário. Como um civilista não se demonstrou amasiado à doutrina neoconstitucionalista logo nas primeiras mensagens, mesmo que tenhamos uma Carta Republicana como um processo aberto. Processo por ser inacabada e em constante construção, e aberto, por considerar intérpretes todos que influem na construção constitucional, desde os órgãos institucionalizados, como os Poderes da República, até os

não institucionalizados, como a doutrina e a sociedade em geral. A lei fundamental é mais problemática que sistemática dado o caráter fragmentário e frequentemente indeterminado da [Constituição](#) e do pluralismo axiológico que lhe é ínsita.

Preocupado em firmar a autocontenção como antítese de um ativismo judicial contemporâneo no país, quando sabemos do dever de força normativa da [Constituição](#), princípio da Máxima Efetividade, dos Poderes Políticos da República muitas vezes omissos na missão de concretizar as normas e valores constitucionais.

A construção do Supremo como “legislador negativo” esperamos continue a ser relativizada para que a [Constituição](#)-Cidadã e dirigente continue seu processo de espraiamento normativo, sendo necessário o pronunciamento do Judiciário sim, quando por omissão das Funções Políticas de Poder, a partir de autorização constitucional, a [Constituição](#) não puder ser efetivada nos termos de sua melhor interpretação. Estas são algumas ideias neoconstitucionalistas que nos filiamos e que não parece agradar tanto ao novo ministro.

Hoje pensamos, um positivista no Supremo Tribunal Federal não nos traz um prognóstico dos melhores. São incontáveis temáticas neoconstitucionalistas que revelam-se fundamentais para nossa realidade político-hodierna, que deixam de ser fomentadas se contarmos com um jurista que mais tendente ao sentido de juiz “boca da lei”, que o de intérprete normativo em busca da pacificação social, nos termos delegados pela Carta de 1988.

Vale nossos lamentos para o papel menor que prestou o “oposicionista” Alvaro Dias, amigo pessoal de Fachin, que lhe ofertou

uma defesa e não participou do procedimento constitucional da sabatina logo de princípio. Atuou em verdade mais como um mestre de cerimônia que como um Senador da República opositorista, não cumprindo seu papel institucional, ou cumprindo-o á menor, quando deveria abdicar de sua amizade para elucidar questões referentes ao sabatinado que a sociedade publicamente questiona.

Por termos uma [Constituição](#) aberta, com enunciados normativos propiciadores de interpretações para que se amoldem à realidade temporal, um intérprete menos positivista e mais neoconstitucionalista seria medida de grande valor para oxigenar os debates no Supremo Tribunal Federal, mas esta é apenas uma preferência nossa, nada que preliminarmente o desabone. Aguardemos o tempo.

Fachin, apesar de um civilista, não constitucionalista, como gostaríamos do perfil para ocupar a cadeira vaga do Supremo, a partir de um núcleo competente de assessores poderá sim, experimentar uma boa passagem pelo Supremo, desde que não haja se comprometido previamente com quaisquer ideologia política, mas sim esteja fielmente comprometido com o melhor direito, com a equidade e a justiça.

Desconstruir seu passado recente de “companheiro do PT”, ainda que não filiado, de defensor dos ideais do MST claramente desviados do Estado Democrático de Direito, ter seu site registrado e operado pelo mesmo operador do site de Dilma Rousseff e do próprio PT (Movimento #FachinSim), não nos remete a muitos bons presságios, mas soberanamente apostamos em nosso equívoco. Não deveremos cobrar do novo membro da Corte Constitucional neutralidade, mas imparcialidade ideológico-partidária sempre!

Não apenas a sociedade juridicamente discernida, mas também a leiga despartidarizada espera por um STF menos ideológico-partidário e mais fundamentado no melhor direito nos termos de nossa realidade vigente. Um STF aparelhado se faz temerário, a partir da quantidade de questões de interesse do Governo que lá aguardarão por uma resposta jurídica, e não política definitiva. Se mantida esta pecha partidária tendenciosa estará reforçado o sentimento da sociedade de uma Corte Constitucional que paulatinamente perderá a credibilidade, tornar-se-á antidemocrática e indelevelmente inconstitucional.

Não nos postaremos ao lado das energias negativas que trabalham mentalmente em desfavor do país por questões ideológico-partidárias, ao contrário, carregamos todas as nossas energias positivas ao professor-ministro Edson Fachin para que perpetre seu mais novo “munus público” com independência no uso de suas inteligências e vivências para o bem do direto e da boa política, esta desapegada de ideologias partidárias previamente comprometidas.

Deixamos claro que não articulamos a partir do que seria o “politicamente correto”, não compactuamos com corporativismos como muitos dos colegas professores articulistas, embora respeitemos, com a devida vênua. São nestes termos que, apesar de também professor guardamos nossas restrições pela indicação do colega professor Fachin como expusemos com independência e honestidade, mas acreditamos fielmente estarmos enganados por nossas meras impressões preliminares.

Em palestra ministrada mês passado em Campinas fui instado por um questionamento, que de certa forma, como um constitucionalista apaixonado, não digeri muito bem. Perguntou-me um nobre colega que

me honrava com a sua presença quando do STF revogaria a [Constituição Federal do Brasil](#) para o triunfo da supremacia da Cartilha do PT...

É a partir do exposto que damos nossas boas-vinda ao novo ministro do Supremo Tribunal Federal indicado pela presidente Dilma Rousseff, o Senhor Luiz Edson Fachin.

Mais do ministro articulamos sobre seu currículo e reflexões:

<http://leonardosarmento.jusbrasil.com.br/artigos/181196931/por-que-o-companheiro-de-pt-luiz-edson-fachin-para-o-stf-entenda>

Conforme a NBR 6023:2000 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico publicado em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma: SARMENTO, Leonardo. *O que esperar de Fachin como novo ministro do STF? O que esperar do STF?*. Clubjus, Brasília-DF: 19 maio 2015. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?colunas&colunista=46446&ver=2153>>. Acesso em: 23 maio 2015.

MANDADO DE PRISÃO COM DIFUSÃO VERMELHA (RED NOTICE)

VALDINEI CORDEIRO COIMBRA: Advogado. Mestre em Direito Penal Internacional pela Universidade de Granada - Espanha. Professor Universitário de Direito Penal e Orientação de Monografia. Delegado de Polícia da PCDF (aposentado). Especialista em Direito Penal e Processo Penal pelo ICAT/UDF. Pós-graduado em Gestão Policial Judiciária pela ACP/PCDF-FORTIUM. Consultor Colaborador da INOWA (JGM Consultoria). Coordenador da Polícia Legislativa da Câmara Legislativa do Distrito Federal (COPOL/CLDF). Já exerceu os cargos de Chefe de Gabinete da Administração do Varjão-DF. Chefe da Assessoria para Assuntos Especiais da PCDF. Chefe da Assessoria Técnica da Cidade do Varjão - DF; Presidente da CPD/CGP/PCDF. Assessor Institucional da PCDF. Secretário Executivo da PCDF. Diretor da DRCCP/CGP/PCDF. Diretor-adjunto da Divisão de Sequestros. Chefe-adjunto da 1ª Delegacia de Polícia. Assessor do Departamento de Polícia Especializada - DPE/PCDF. Chefe-adjunto da DRR/PCDF. Analista Judiciário do TJDF. Agente de Polícia Civil do DF. Agente Penitenciário do DF. Policial Militar do DF.

No Brasil, salvo as hipóteses de flagrante delito, somente um juiz pode decretar uma ordem de prisão. Até recentemente, uma prisão decretada por um juiz de uma unidade da federação, para ser cumprida em outra, exigia-se que o mandado fosse deprecado no juízo onde o procurado fosse localizado, o que as vezes, acabava gerando a soltura do detido, considerando a demora nos trâmites entre a expedição e o cumprimento de uma carta precatória. Isso somente foi amenizado com a alteração do CPP, pela Lei n. 12.403/2011, que acrescentou o art. 289-A,

que determina que o juiz competente que expedir uma ordem de prisão (preventiva ou condenatória) deverá providenciar o imediato registro do mandado no banco de mandados de prisão a ser mantido pelo Conselho Nacional de Justiça.

O Mandado uma vez registrado no banco de mandados do CNJ passa a ter a sua validade presumida, em todo o Brasil, além de contar com ampla publicidade (difusão), facilitando, assim, o seu cumprimento em outra unidade da federação. Neste sentido, o procurado pode ser preso por qualquer agente policial, ainda que fora da competência territorial do juiz que expediu a prisão, mas somente se o mandado estiver registrado no CNJ. Do contrário, deverá a autoridade policial do local em que se deu o cumprimento da prisão fazer diligências cartorárias para verificar a autenticidade do Mandado de prisão, bem como comunicar o juiz que a decretou, o qual, deverá providenciar o registro do mandado no banco do CNJ. Feito isso, a prisão será comunicada imediatamente ao juiz do local em que foi cumprida, que, por sua vez, providenciará a certidão extraída do registro no CNJ (via internet) e informará ao juízo que decretou a medida.

O preso será informado dos seus direitos constitucionais, nos termos dos incisos LXIII do art. 5º da CFRB, e, caso não informe o nome do seu advogado, deverá a autoridade responsável comunicar à Defensoria Pública local.

Assim, entendemos que o lançamento do mandado de prisão no banco de mandados do CNJ tem como efeito a difusão no território nacional da respectiva ordem judicial, autorizando a prisão do procurado

por qualquer agente público, ampliando a jurisdição de um juiz local, no tocante aquela ordem judicial expedida.

Mas até aqui, nada se falou sobre o instituto da "difusão vermelha" (*red notice*), objeto do título do presente *paper*.

Pois bem.

A chamada "difusão vermelha" (*red notice*), nada mais é do que a notícia da existência de um alerta na Interpol, devidamente expedido pelas autoridades judiciais de um país-membro daquele organismo internacional, com vistas à extradição de pessoas procuradas pela justiça criminal.

A difusão vermelha, acaba gerando um efeito mundial ao mandado de prisão expedido por um juiz de primeira ou segunda instância. No entanto, a finalidade precípua é desburocratizar o trâmite policial para o seu cumprimento.

No Brasil encontra regulação na instrução normativa n. 01 de fevereiro de 2010 do CNJ, que dispõe sobre a indicação da condição de possível foragido ou estadia no exterior quando da expedição de mandado de prisão em face de pessoa condenada, com sentença de pronúncia ou com prisão preventiva decretada no país.

Referida instrução normativa foi criada tendo por base a adesão oficial do Brasil ao sistema da Interpol desde 1986 para difusão de informações relacionadas, sendo que o Departamento de Polícia Federal - DPF é o órgão brasileiro encarregado de centralizar as informações e a ligação com a Interpol para difusão entre os países membros em diferentes graus de gravidade.

A instrução normativa em referencia indica no seu art. 1º que: "

Art. 1º Os magistrados estaduais, federais, do eleitoral ou militares, juízes de primeiro grau, desembargadores ou juízes de segundo grau e ministros de tribunal superior, ao expedirem ordem de prisão por mandado ou qualquer outra modalidade de instrumento judicial com esse efeito, tendo ciência própria ou por suspeita, referência, indicação ou declaração de qualquer interessado ou agente público, que a pessoa a ser presa está fora do país, vai sair dele ou pode se encontrar no exterior, nele indicará expressamente essa circunstância".

A medida referida deve ser adotada nos mandados de prisão definitiva, de sentença de pronúncia ou de prisão preventiva, o qual será imediatamente encaminhado, por cópia, ao Superintendente Regional da Polícia Federal do respectivo estado, com vista à "Difusão Vermelha" para o seu cumprimento em qualquer país que tenha acordo internacional sobre o tema.

O problema da difusão vermelha é quando a ordem de prisão vem de outro país, uma vez que, nem sempre a prisão decretada em outro país é de natureza jurisdicional. É possível que a prisão tenha sido decretada por uma autoridade administrativa, exigindo-se para o seu cumprimento, ser submetida ao crivo do Poder Judiciário, pois em tese, contraria a Constituição brasileira que, salvo a prisão em flagrante, somente admite prisão por ordem judicial.

Além disso, apesar da boa intenção de dar celeridade no cumprimento de prisão de pessoas condenadas, cautelas são necessárias

quando do cumprimento de prisão, veiculada pelo Sistema de Difusão Vermelha, devendo o Delegado da Polícia Federal apresentar o preso a um juiz federal, sob pena de constituir autoridade coatora, conforme já manifestou o STF:

EMENTA: QUESTÃO DE ORDEM EM HABEAS CORPUS PREVENTIVO. CONSTITUCIONAL. INCOMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HABEAS CORPUS IMPETRADO CONTRA AMEAÇA DE ATO DE DELEGADO DA POLÍCIA FEDERAL. 1. A competência do Supremo Tribunal Federal para julgar habeas corpus é determinada constitucionalmente em razão do Paciente ou da Autoridade Coatora (art. 102, inc. I, alínea i, da Constituição da República). 2. Questão de ordem resolvida no sentido de reconhecer a incompetência do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar o habeas corpus n. 119056-DF, determinando a remessa dos autos a uma das Varas Federais da Seção Judiciária do Distrito Federal. (STF, HC 119056, 2013)

O cumprimento do mandado de prisão por via da difusão vermelha, por si só não autoriza a apresentação do preso à autoridade estrangeira. Tudo deve ser feito nos termos da Lei n. 6.815/80 que trata do estatuto do estrangeiro. Neste sentido, segue julgado do STF:

EMENTA: PRISÃO PREVENTIVA PARA FINS DE EXTRADIÇÃO. NACIONAL LIBANÊS NATURALIZADO BRASILEIRO. EXTRADITANDO EXPULSO DO PARAGUAI. TRÁFICO DE DROGAS. EXTRADITANDO PRESO EM FACE DE OUTRO MANDADO DE PRISÃO: DIFUSÃO VERMELHA. AUSÊNCIA DE CÓPIAS DE TEXTOS LEGAIS, COMO EXIGE A LEI N. 6.815/80. OMISSÃO DO ESTADO-REQUERENTE EM FORMULAR O PEDIDO DE EXTRADIÇÃO E DE COMPLEMENTAR A INSTRUÇÃO DO PEDIDO. PEDIDO DE REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA INDEFERIDO. CONVERSÃO DO FEITO EM DILIGÊNCIA E DEFINIÇÃO DE PRAZO IMPRORROGÁVEL DE SESSENTA DIAS PARA CUMPRIMENTO DAS EXIGÊNCIAS. 1. A República do Líbano não apresentou os documentos que completariam pedido de extradição, com promessa de reciprocidade, nem complementou a instrução nos termos da Lei n. 6.815/80, a despeito de ter sido fixado prazo peremptório, mais de uma vez, para que viesse esta documentação para a competente instrução do feito. 2. As peculiaridades da presente prisão preventiva para extradição, que não se limitam ao simples exame dos aspectos formais e à mera apreciação dos fins comuns a que se destina a maioria

das extradições submetidas a este Supremo Tribunal, aliada à complexidade da causa, consubstanciada, dentre outros motivos, pela dificuldade da tradução do idioma árabe, ultrapassam os tradicionalmente inerentes às extradições de nacionais libaneses e constituem razões suficientes para a manutenção da prisão do Extraditando, não se podendo falar, portanto, em excesso de prazo da prisão. 3. Também em razão das singularidades do caso em pauta, é de ser concedido novo e improrrogável prazo para o atendimento das diligências requeridas pelo Ministério Público Federal, cabendo ao Estado requerente valer-se do mesmo para o aperfeiçoamento de seus deveres, na espécie, se entender mantido o seu interesse na extradição, sob pena de se ter o indeferimento do pedido formulado. 3. Questão de ordem que se resolve no sentido da conversão do feito em diligência e a definição do prazo improrrogável de 60 (sessenta) dias, contados da publicação desta decisão plenária, para o atendimento das exigências. (STF, PPE 623, 2010)

O Supremo Tribunal Federal já concedeu ordem de Habeas Corpus preventivo em desfavor de mandado de prisão expedido por autoridade judiciária estrangeira, em desfavor de pessoa residente no Brasil, em virtude da falta de pedido de extradição, conforme se verifica abaixo:

EMENTA: - Habeas Corpus preventivo. 2. Mandado de prisão expedido por magistrado

canadense contra pessoa residente no Brasil, para cuja execução foi solicitada a cooperação da INTERPOL - Brasil. Inexistência de pedido de extradição. 3. Competência do STF - Art. 102, I, g, da Constituição Federal. 4. Em face do mandado de prisão contra a paciente expedido por magistrado canadense, sob a acusação de haver cometido o ilícito criminal previsto no art. 282, a, do Código Penal do Canadá, e solicitada à INTERPOL sua execução, fica caracterizada situação de ameaça à liberdade de ir e vir. 5. Habeas corpus parcialmente conhecido e, nessa parte, concedido, para assegurar à paciente salvo conduto em todo o território nacional. Em se tratando de pessoa residente no Brasil, não há de sofrer constrangimento em sua liberdade de locomoção, em virtude de mandado de prisão expedido por justiça estrangeira, o qual, por si só, não pode lograr qualquer eficácia no país. 6. Comunicação da decisão do STF ao Ministério da Justiça e ao Departamento de Polícia Federal, Divisão da Interpol, para que, diante da ameaça efetiva à liberdade, se adotem providências indispensáveis, em ordem a que a paciente, com residência em Florianópolis, não sofra restrições em sua liberdade de locomoção e permaneça no país enquanto lhe aprouver. 7. Habeas corpus não conhecido, no ponto em que se pede a cessação imediata da veiculação dos nomes e fotografias da

paciente e de seus filhos menores no portal eletrônico da Organização Internacional de Polícia Criminal (O.I.P.C.) - Interpol, porque fora do alcance e controle da jurisdição nacional, tendo sido a inclusão das difusões vermelha e amarelas, relativas à paciente e seus filhos, respectivamente, solicitadas pela IP/Ottawa à IPSC, em Lyon, França. (STF, HC 80923, 2001)

Assim, a difusão vermelha (*red notice*), nada mais é do que o compartilhamento de informações pela Interpol com vista à cooperação entre as polícias dos países membros. Sendo que no Brasil, os mandados devem ser devidamente cadastrado no CNJ e em seguida, encaminhado à Polícia Federal que se incumbirá de promover no sistema da Interpol, noticiando-se a ordem de prisão de determinada pessoa a todos os países membros visando a sua localização e captura. Assim, se a pessoa contra quem o mandado de prisão foi emitido ingressar em qualquer dos países que integram a Interpol, um alerta é automaticamente emitido para o país que expediu a ordem, por isso a expressão "Difusão Vermelha". A partir daí, cada país tem legislação própria quanto aos trâmites do pedido de extradição.

Para finalizar este paper, é importante mencionar que a Interpol se utiliza de vários mecanismos de cooperação entre as policias dos países membros, dentre eles as chamadas "difusões", que foram classificadas em cores, tais como: a) Difusão Vermelha: busca o cumprimento de uma ordem de prisão para fins de extradição; b) Difusão Azul: busca informações sobre pessoas que cometeram crimes; c) Difusão Amarela:

busca pessoas desaparecidas ou perdidas, em razão de fato criminoso ou em caráter humanitário; d) Difusão Branca: busca a localização de objetos de alto valor roubados, incluindo obras de arte; e) Difusão Preta: busca a identificação de cadáveres.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Instrução Normativa n. 01 de 10 de fevereiro de 2010.** Disponível em: http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=8592:redencao-e-maracanau-sao-campeoes-em-acordos-no-primeiro-dia-de-conciliacao-no-ceara&catid=1:notas&Itemid=169. Acesso em 10 jun. 2014.

BRASIL, Presidência da República Federativa. *Código de Processo Penal - CPP - Decreto-Lei nº 3.689, 3.10.1941.* Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 06 ago. 2008. Disponível em: . Acesso em: 10 jun. 2014.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Banco Nacional de Mandados de Prisão - BNMP - Resolução 137. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/sistemas/sistema-carcerario-e-execucao-penal/banco-nacional-de-mandados-de-prisao-bnmp>. Acesso em: 10 jun. 2014.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC 119056 QO, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 03/10/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-244 DIVULG 11-12-2013 PUBLIC 12-12-2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000223125&base=baseAcordaos>. Acesso em 10 jun. 2014.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. PPE 623 QO, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 01/07/2010, DJe-164 DIVULG 02-09-2010 PUBLIC 03-09-2010 EMENT VOL-02413-01 PP-00131 LEXSTF v. 32, n. 382, 2010, p. 226-247. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000168172&base=baseAcordaos>. Acesso em: 10 jun. 2014.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC 80923, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Tribunal Pleno, julgado em 15/08/2001, DJ 21-06-2002 PP-00097 EMENT VOL-02074-02 PP-00410. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000099057&base=baseAcordaos>. Acesso em: 10 jun. 2014.

Conforme a NBR 6023:2000 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico publicado em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma: COIMBRA, Valdinei Cordeiro. *Mandado de Prisão com Difusão Vermelha (red notice)*. Clubjus, Brasília-DF: 18 maio 2015. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?colunas&colunista=2&ver=1865>>. Acesso em: 23 maio 2015.

A (IN)COMPATIBILIDADE NA ORDEM DE ENTREGA DE BRASILEIRO NATO À JURISDIÇÃO DO TPI DIANTE DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

ROSEMARY GONÇALVES MARTINS: Advogada.
Graduada em Direito pela Universidade Nove de Julho - UNINOVE (Turma 01/2009 - 02/2013).

RESUMO: O presente artigo objetiva promover um enfoque do Estatuto de Roma, que instituiu o TPI, de modo a destacar o eventual conflito (antinomia) apontado pela doutrina do dispositivo desse Estatuto que prevê a ordem de entrega de nacionais ao TPI frente ao dispositivo constitucional que prescreve a proibição absoluta de extradição de brasileiros natos. Para a plena compreensão da gênese e princípios do TPI imperioso se faz um retorno aos seus precedentes jurídicos, através do estudo da evolução dos Tribunais Penais Internacionais até a instituição e funcionamento efetivo da Corte Penal Internacional (CPI) – *International Criminal Court (ICC)*. Segue-se uma análise de suas principais características, competência e crimes tipificados pelo Estatuto (genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e agressão). Ato contínuo, será apresentada a já mencionada incompatibilidade em relação ao texto do Estatuto e a Lei Maior. Serão elas: reais ou aparentes? Por fim, conclui-se que a inconstitucionalidade intrínseca advinda da incorporação do Tratado de Roma ao ordenamento jurídico brasileiro, no tocante à ordem de entrega de brasileiro nato à jurisdição

do TPI, é apenas aparente. Até porque o instituto da entrega, previsto no Estatuto de Roma do TPI, difere do instituto da extradição, vedado pela Lei Maior. Logo, pretende-se demonstrar que a alegada incompatibilidade, mesmo naqueles aspectos que versem sobre cláusulas pétreas, inexistente, porquanto o texto expresso no Estatuto de Roma do TPI é complementar e se coaduna com o ordenamento constitucional brasileiro.

Palavras-chave: Tribunal Penal Internacional. Estatuto de Roma. Ordem de Entrega. Extradição. Constituição Federal.

INTRODUÇÃO

O estudo do TPI trilha o mesmo caminho da História da humanidade, estando intrinsecamente aliado às incontáveis violações de direitos humanos por ela sofridos ao longo dessa caminhada.

Com a eclosão da Segunda Guerra Mundial e, sobretudo, por ocasião do seu término, a comunidade internacional saltou etapas e, invertendo a lógica da destruição, começou a repensar a noção de soberania nacional absoluta de outrora para construir um arraigado conceito de soberania, assentado no princípio da dignidade humana, com vistas à reconstrução. Assim, diante desses prenúncios, planta-se a semente para que o ser humano adquira o direito a ter direitos, tornando-se sujeito de direitos e deveres no plano internacional. A partir desse momento haveria o estabelecimento da responsabilidade internacional pessoal.

A princípio a aplicação da responsabilidade penal individual encontrou um óbice na inexistência de órgãos internacionais que aplicassem as normas de Direito Penal em âmbito internacional. A partir daí, a idéia da instituição de uma jurisdição internacional passou a afigurar como um dos temas mais instigantes da humanidade.

A verdade é que naquele momento a instituição de um tribunal permanente que venha a julgar e punir os mais terríveis crimes praticados contra a humanidade e que, desta forma desestimule ações do mesmo tipo por outros criminosos, de modo a atacar as violações frontais aos direitos humanos em termos repressivos (condenando os culpados) e preventivos (inibindo a tentativa de repetição dos crimes cometidos) representava, antes de tudo, um dever para com as vítimas e futuras gerações.

Esse processo, posteriormente a uma longa gestação, culminou com a criação do Estatuto de Roma e estabelecimento do TPI.

O Estatuto de Roma, responsável pela criação do TPI, foi ratificado por mais de 100 Estados (mais precisamente: 120), sendo que esse ato de aceite, realizado em manifestação de sua soberania, gera ao Estado-signatário o compromisso de cooperar com a Corte em seus atos e decisões.

Entretanto, esse comprometimento solenemente estabelecido em alguns pontos do texto normativo do Estatuto de Roma parece se contrapor a disposições previstas no direito interno de alguns Estados-partes – Ou, ainda, pior: Podem surgir eventuais incompatibilidades em

relação a valores constitucionalmente consagrados de alguns Estados que aderiram a esse Tratado internacional.

No caso do Brasil, que foi um dos signatários originais do Estatuto do TPI, a situação não foi diferente. Considerando-se que o Brasil possui como um de seus fundamentos a soberania, no Estatuto de Roma constam alguns dispositivos que, em tese, são incongruentes com relação ao ordenamento constitucional brasileiro. Diante desse impasse surge a problemática: Como proceder frente a esse dilema? Seriam esses dispositivos inconstitucionais e, por isso, não poderiam ser recepcionados pela Constituição Federal ou haveria uma solução a fim de compatibilizá-los com a ordem jurídica brasileira?

Sendo o cerne do tema que se propõe a ser tratado o liame estabelecido entre o Estatuto de Roma do TPI e a Constituição Federal brasileira de 1988, especialmente a previsão da ordem de entrega (*surrender*) ante à impossibilidade de extradição de brasileiro nato por disposição constitucional. E sobre essa problemática que se debruçará o estudo a ser desenvolvido no presente artigo científico.

1. A TRAJETÓRIA DA CONCEPÇÃO DE UM TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL: O CAMINHAR DE UMA IDEIA

A ideia de conceber uma jurisdição penal internacional não é recente. A trajetória da concepção de um Tribunal Penal Internacional trilhou um longo caminho. Enfim, foi uma longa gestação até que viesse a gênese do TPI.

1.1 Do surgimento dos Tribunais Militares aos Tribunais *ad hoc* no século XX: A evolução histórica dos Tribunais

São precedentes históricos do TPI:

- a) Tribunal de Leipzig;
- b) Tribunal Militar Internacional de Nuremberg;
- c) Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente;
- d) TPI *ad hoc* para a Bósnia ou extinta Iugoslávia; e,
- e) TPI *ad hoc* para Ruanda.

2. O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

Extirpando-se a prática de tribunais *ad hoc*, vem a lume o Tribunal Penal Internacional. No ano de 2002 surgiu a primeira Corte internacional permanente com jurisdição sobre pessoas acusadas de cometerem graves violações aos direitos humanos: o TPI, criado pelo Estatuto de Roma.^[1]

No ano de 2002, durante a Conferência Diplomática dos Plenipotenciários^[2] das Nações Unidas, o Estatuto de Roma (também conhecido como Tratado de Roma ou, ainda, Convenção de Roma) do Tribunal Penal Internacional foi afinal aprovado por cento e vinte Estados, em 17 de julho de 1998, contra apenas sete votos – China, Estados Unidos, Iêmen, Iraque, Israel, Líbia e Qatar – e vinte e uma abstenções, notadamente a da Índia.^[3]

Nas palavras da ilustre Piovesan (2008, p. 223-224):

Surge o Tribunal Penal Internacional como aparato complementar às cortes nacionais, com o objetivo de assegurar o fim da impunidade para os mais graves crimes internacionais, considerando

que, por vezes, na ocorrência de tais crimes, as instituições nacionais se mostram falhas ou omissas na realização da justiça. Afirma-se, desse modo, a responsabilidade primária do Estado com relação ao julgamento de violações de direitos humanos, tendo a comunidade internacional a responsabilidade subsidiária. Vale dizer, a jurisdição do Tribunal Internacional é adicional e complementar à do Estado, ficando, pois, condicionada à incapacidade ou à omissão do sistema judicial interno. O Estado tem, assim, o dever de exercer sua jurisdição penal contra os responsáveis por crimes internacionais, tendo a comunidade internacional a responsabilidade subsidiária.

Como enuncia o art. 1º do Estatuto de Roma, a jurisdição do Tribunal é adicional e complementar à do Estado, ficando condicionada à incapacidade ou à omissão do sistema judicial interno.

Dessa forma, o Estatuto busca equacionar a garantia do direito à justiça, o fim da impunidade e a soberania do Estado, à luz do princípio da complementaridade e do princípio da cooperação.

A Corte Penal Internacional (CPI), também conhecida como Tribunal Penal Internacional (TPI) – *International Criminal Court (ICC)* –, instituição dotada de personalidade jurídica própria, passou a existir

juridicamente a partir da data de 1º de julho de 2002 – quatro anos depois da adoção do Estatuto de Roma, que previu a sua criação –, mas seu funcionamento efetivo apenas iniciara em maio de 2003.

Segundo o Estatuto de Roma, o Tribunal Penal Internacional é uma pessoa jurídica de Direito Internacional com capacidade necessária para o desempenho de suas funções e de seus objetivos. O Tribunal poderá exercer os seus poderes e funções nos termos do seu Estatuto, no território de qualquer Estado parte e, por acordo especial, no território de qualquer outro Estado (art. 4º, §§ 1º e 2º).[\[4\]](#)

O TPI trata-se da primeira instituição global **permanente, universal e imparcial** de justiça penal da História da humanidade, dotada de princípios previamente definidos, em contraponto aos tribunais *ad hoc* que o precederam, instituída para investigar, processar e julgar os acusados pela prática de crimes que desafiam a imaginação, violam a ordem internacional como um todo e que ultrajam profundamente a consciência da humanidade, a exemplo do genocídio, dos crimes contra a humanidade, dos crimes de guerra e do crime de agressão.

2.2 Características

2.2.1. Competência Material

A competência material do TPI, em conformidade com o Estatuto, se destina a julgar com caráter permanente e independente os crimes mais graves, de caráter internacional. Tais crimes são imprescritíveis e podem ser catalogados em quatro categorias, senão vejamos:

- a) Crimes de genocídio;
- b) Crimes contra a humanidade;

- c) Crimes de guerra; e,
- d) Crimes de agressão.

O art. 5º do Estatuto de Roma contém um rol com a tipificação dos delitos sujeitos à jurisdição do Tribunal. Assim, compete ao TPI o inquérito, processo e julgamento dos mencionados crimes internacionais. Contudo, há que se evidenciar desde já que se foram tipificados pelo TPI são esses crimes atrocidades que desafiam a imaginação, violam a ordem internacional como um todo e que ultrajam profundamente a consciência da humanidade.

2.2.2 Competência Temporal

Estabelecida no art. 11 do Estatuto, a jurisdição do TPI se atém ao julgamento dos crimes de sua competência cometidos depois da sua entrada em vigor internacional, que corresponde a 1º de julho de 2002, quando 60 países ratificaram o Estatuto, salvo se o Estado-parte consentir que a jurisdição do TPI retroaja, o que é confirmado pelo § 2º do mesmo dispositivo do Estatuto.

Ainda assim, nos termos do art. 11, § 2º do Estatuto de Roma, caso um Estado se torne parte do Estatuto depois da sua entrada em vigor, o Tribunal somente poderá exercer sua competência para o processo e julgamento dos crimes cometidos depois da entrada em vigor do Estatuto nesse Estado, a menos que este tenha feito uma declaração específica em sentido contrário, nos termos do § 3º do art. 12 do mesmo Estatuto. [\[5\]](#)

A imputação de julgamento a crimes praticados anteriormente ao advento desse lapso temporal, qual seja, da entrada em vigor do

Estatuto de Roma configura flagrante violação ao princípio de direito penal *nullum crime nulla poena sine legen praevia*.^[6]

2.2.3 Competência Territorial

Consoante o disposto no art. 12 do Estatuto de Roma, o TPI possui competência para julgar os atos delituosos ocorridos no território dos Estados signatários, independente da nacionalidade do agente.

O Tribunal será, igualmente, competente sempre que houver imputação de qualquer um dos crimes capitulados no art. 5º do Estatuto a nacional de um Estado-membro.

Ademais, observar-se-á tal competência nos casos de crimes cometidos a bordo de navio ou aeronave, ocasião na qual será verificada a bandeira da embarcação ou aeronave.

Por derradeiro, o TPI estará legitimado a exercer sua jurisdição mediante o recebimento pela Promotoria da *notitia criminis*, seja de um Estado, seja do Conselho de Segurança das Nações Unidas, nos termos do art. 13 do Estatuto. Ou, ainda, poderá o Promotor agir de *per se* nesse intento, conforme completado pelo dispositivo anterior.

2.2.4 Competência com relação à pessoa

Contrariamente à Corte Internacional de Justiça (órgão judicial da ONU), cuja competência se destina ao julgamento dos Estados, o TPI ou CPI é competente para o objetivo precípua de julgar pessoas naturais (art. 25, § 1º) – e não jurídicas –, responsabilizando-as individualmente por seus atos. Eis o traço distintivo entre ambas as Cortes que, sem embargo de que possam possuir semelhança nos nomes (é de fundamental importância não confundir TPI ou Corte Penal

Internacional com Corte Internacional de Justiça), bem como ambas sejam sediadas em Haia, na Holanda[7], diferenciam-se na essência por sua finalidade.

Nos termos do art. 26 do Estatuto, a idade mínima para que um indivíduo possa responder pelos crimes de competência do TPI é de 18 anos na data da prática do crime. Assim, com essa idade (18 anos), adquire-se a imputabilidade penal perante o TPI.

Oportuno mencionar que a acusação somente poderá proceder caso o crime tenha sido praticado na modalidade dolosa, pois a culpa é excluída do âmbito de competência do TPI, consoante prescreve o art. 30 do Estatuto.

Igualmente, não há previsão explícita de punibilidade da tentativa, em nenhum dos crimes definidos no Estatuto. Mas ela pode decorrer dos princípios gerais de direito invocados no art. 21, § 1, c.[8]

2.3 Princípios regentes

Como não poderia ser diferente, a atuação do TPI se encontra vinculada à observância de princípios fundamentais, a saber:

2.3.1 Princípio da Complementaridade (ou Subsidiariedade):

Expresso no preâmbulo, no art. 1º e mais especificamente no art. 17 do Estatuto, prescreve que a jurisdição do TPI, contrariamente a dos tribunais *ad hoc* que são concorrentes e têm primazia sobre as Cortes nacionais[9], deve ser complementar (não antecedendo nem se sobrepondo à jurisdição nacional) à jurisdição penal dos Estados.

Considerando-se que o Estado possui responsabilidade primária e a comunidade internacional possui responsabilidade subsidiária, a

jurisdição do TPI terá caráter excepcional, isto é, somente poderá ser exercida quando o Estado que originariamente possui jurisdição direta sobre determinado caso demonstrar:

1) **Omissão:** O Estado quedou-se inerte, por ausência de disposição política ou falência estrutural dele próprio, em processar e punir devidamente os responsáveis pelos crimes apontados no Estatuto de Roma; ou,

2) **Manifesta incapacidade:** O Estado promoveu o inquérito ou a ação penal, contudo agiu de modo insatisfatório, demonstrando inequivocadamente que o fez com a intenção deliberada ou de proteger o acusado, subtraindo-lhe a justiça, ou buscou aparentar seriedade à investigação ou ao processo criminal, subtraindo-lhe a sanção. Trata-se da chamada “paralisia consciente do Estado” em responsabilizar penalmente os suspeitos dos crimes capitulados no art. 5º do Estatuto.

Eis os requisitos de admissibilidade para o exercício da jurisdição internacional. Superada a condicionante do prévio esgotamento dos procedimentos internos – falência das instituições nacionais –, uma vez verificada a realização de uma das condutas elencadas no art. 5º do Estatuto, justifica-se a aplicação da competência do TPI. Neste sentido, a jurisdição do TPI se afigura complementar à jurisdição dos Estados, sendo que só emerge quando verificados os requisitos para que o TPI adquira competência para proceder a persecução penal. Sendo assim, a jurisdição do TPI não antecede nem se sobrepõe à jurisdição interna dos Estados, simplesmente a complementa.

2.3.2 Princípio da Responsabilidade Penal Individual

Segundo dita este princípio, previsto no art. 25 do Estatuto, o indivíduo que incorre na prática do tipo penal incriminado pelo Estatuto deverá ser responsabilizado pessoalmente pela conduta perpetrada, o que não obsta a responsabilidade estatal pelo(s) crime(s) ocorrido(s) em seu território.

2.3.3 Princípio da Irrelevância da Função Social

Realçando o princípio constitucional da Isonomia ou Igualdade (art. 5º, *caput*, da CF/88), permite que inclusive os chefes de Estado ou de Governo, ministros, parlamentares e outras autoridades sejam responsabilizados criminalmente pela prática de quaisquer das condutas discriminadas no Estatuto de Roma, sem qualquer privilégio ou imunidade.

Corroborando com o argumento alhures, leciona Piovesan (2008, p. 225):

De acordo com o art. 27, aplica-se o Estatuto igualmente a todas as pessoas, sem distinção alguma baseada em cargo oficial. Isto é, o cargo oficial de uma pessoa, seja ela Chefe de Estado ou Chefe de Governo, não eximirá de forma alguma sua responsabilidade penal, tampouco importará em redução da pena.

2.3.4 Princípio da Responsabilidade dos Comandantes e outros Superiores

Exige que todos os comandantes militares, ainda que não estejam fisicamente presentes no local do crime, despendam de todos os

meios ao seu alcance a fim de elidir a prática criminosa, sob pena de lhe ser imputada a responsabilidade conjunta pela conduta de seus subordinados.

2.3.5 Princípio da Imprescritibilidade

Conquanto ninguém possa ser julgado por delitos praticados antes da entrada em vigor do Tratado de Roma, por este princípio a ação criminosa tipificada no art. 29 do Estatuto não se sujeitará jamais ao decurso do tempo para ter extinta a sua punibilidade, eis que tamanha a ofensa ao bem jurídico tutelado lapso temporal algum seria capaz de apagar a mácula trazida pela conduta incriminada.

2.3.6 Princípio da Cooperação

Consagrado no art. 86 do Estatuto, segundo o qual os Estados-partes deverão cooperar plenamente com o Tribunal na investigação e julgamento dos crimes de competência deste, bem como assegurar-se de que seu Direito Interno preveja procedimentos aplicáveis a todas as formas de cooperação especificadas no Estatuto.

Integra este dever de cooperação a obrigação de prender e entregar os acusados ao Tribunal.[\[10\]](#)

2.4 Penas aplicáveis

O Estatuto não definiu uma pena específica para cada tipo penal, cabendo aos magistrados do TPI, com sua discricionariedade, determinarem a dosimetria das penas, conforme as peculiaridades do caso concreto, observado o limite de 30 anos de reclusão.

Desta forma, em seu art. 77 o Estatuto previu as penas aplicáveis aos réus julgados pelo TPI, sendo elas as seguintes:

- a) pena de até 30 anos de prisão;
- b) pena de prisão perpétua;
- c) pena de multa; e,
- d) confisco dos proventos, sejam eles auferidos direta ou

indiretamente do crime, preservando-se os direitos de terceiro de boa-fé.

2.5 Procedimento

Conforme os ensinamentos da ilustre jurista Piovesan (2008, p.224):

O exercício da jurisdição internacional pode ser exercido mediante denúncia de um Estado-parte ou do Conselho de Segurança à Promotoria, a fim de que esta investigue o crime, propondo a ação penal cabível, nos termos dos arts. 13 e 14 do Estatuto. Pode ainda a própria Promotoria agir de ofício, nos termos dos arts. 13 e 15. Em todas as hipóteses, o exercício da jurisdição é condicionado à adesão do Estado ao tratado, ou seja, é necessário que o Estado reconheça expressamente a jurisdição internacional. Note-se que a ratificação do tratado não comporta reservas, devendo o Estado ratificá-lo na íntegra e sem ressalvas (art. 120).

Logo, a jurisdição do TPI pode ser exercida de três formas distintas, senão vejamos:

1) Pela solicitação de investigação feita por um Estado-parte do Estatuto.

Essa denúncia, que deve ser acompanhada de elementos factuais que a substanciem, dá início a investigações, conforme o procedimento adotado pelo Tribunal;[\[11\]](#)

2) Por intervenção do Conselho de Segurança das Nações Unidas, autorizado pelo Capítulo VII da Carta (rupturas e ameaças à paz e segurança internacionais), apontando situações criminosas, independentemente de o Estado fazer ou não parte do TPI;

3) Por iniciativa da Promotoria, que recebe a *notitia criminis*, das mais variadas fontes, e age de ofício (art. 15 do Estatuto);

4) Por iniciativa autônoma do promotor se subordina ao “exame da Câmara de Questões Preliminares, que deve confirmar a existência de base adequada para dar prosseguimento às investigações”.[\[12\]](#)

3. O INGRESSO DO TPI NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

3.1 A ratificação

O Estatuto de Roma que cria o Tribunal Penal Internacional foi aprovado em 17.07.1998. O Brasil assinou o aludido estatuto em 07.02.2000 e o Congresso Nacional o aprovou, por meio do Decreto Legislativo n. 112, em 06.06.2002, tendo sido promulgado em 26.09.2002, pelo Decreto presidencial n. 4.388. A *carta de ratificação* fora depositada em 20.06.2002, entrando em vigor em 1º.07.2002. Para o Brasil, internacionalmente, nos termos de seu art. 126, passou a vigorar em 1º de setembro de 2002. [\[13\]](#)

A partir desse momento o Brasil, que foi um dos signatários originais do Estatuto, passa a fazer parte da jurisdição do TPI, em cumprimento ao disposto no art. 7º do ADCT.

3.2 Hierarquia normativa

Por se tratar de tratado internacional de direitos humanos ratificado anteriormente à previsão de *quorum* qualificado previsto no art. 5º, § 3º, da CF/88 (*quorum* de três quintos em dupla votação nas duas Casas legislativas), o Estatuto de Roma integrou-se ao Direito brasileiro com hierarquia infraconstitucional, mas *status* supralegal (situando-se em grau superior às leis ordinárias, porém em grau inferior à Constituição). Logo, situa-se no patamar inferior à Constituição, todavia superior a toda a legislação infraconstitucional, possuindo, assim, *status* normativo supralegal.

4. AS INCOMPATIBILIDADES ENTRE O ESTATUTO DE ROMA DO TPI E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA DE 1988

Em um ato típico de soberania o Brasil ratificou ao Estatuto de Roma, responsável por instituir o TPI. A partir da assinatura do instrumento de ratificação, o Estado brasileiro tornou-se signatário do Estatuto, obrigando-se a “cooperar plenamente com o Tribunal no inquérito e no procedimento contra crimes de competência deste”^[14], em respeito ao princípio da Cooperação.

Haja vista que, consoante o disposto no art. 120 do Estatuto de Roma, a ratificação deste não admite reservas (logo, não é possível a um Estado ratificar ao Tratado em parte, porquanto a sua assinatura

importa em torná-lo signatário do instrumento em sua integralidade, em todos os seus termos, e não de uma parte ou outra dele), alguns constitucionalistas propugnam por possíveis inconstitucionalidades do TPI em relação à Constituição Federal Brasileira de 1988.

Essa situação é denominada no direito dos tratados de *inconstitucionalidade intrínseca* dos tratados internacionais. Esta tem lugar quando o tratado, apesar de formalmente ter respeitado todo o procedimento constitucional de conclusão estabelecido pelo direito interno, contém normas violadoras de dispositivos constitucionais.[\[15\]](#)

A qual não pode ser confundida “com a inconstitucionalidade chamada extrínseca (ou formal), também conhecida por *ratificação imperfeita*, que ocorre quando o Presidente da República violando norma constitucional de fundamental importância para celebrar tratados, ratifica o acordo sem assentimento prévio do Congresso Nacional”[\[16\]](#). O que não foi o caso do TPI, cuja ratificação ocorreu em consonância com o procedimento constitucionalmente previsto para a celebração de tratados (arts. 49, inciso I e 84, inciso VIII, ambos da CF/88).

A existência de uma inconstitucionalidade intrínseca (normas incompatíveis com a Lei Maior) é tendente a ensejar eventuais antinomias[\[17\]](#). Isto posto, muito se discute acerca de eventuais incompatibilidades entre o referido Estatuto e a Constituição Federal brasileira, vez que em muitos pontos aquele parece colidir com determinados preceitos constitucionais. Desta feita, seria o caso de

inconstitucionalidade intrínseca do Estatuto de Roma em relação ao ordenamento constitucional brasileiro?

Considerando-se que a República Federativa do Brasil tem como um de seus fundamentos a soberania (art. 1º, inciso I da CF/88), argumenta-se assim a pretensa antinomia (diga-se: aparente)[\[18\]](#) de alguns dispositivos do Estatuto de Roma em relação a valores constitucionalmente consagrados. Para efeitos da presente abordagem: a impossibilidade da extradição de brasileiro nato.

4.1 A entrega de nacionais à jurisdição do TPI

O art. 89, §1º, do Estatuto de Roma[\[19\]](#), prevê o instituto da entrega de pessoas para julgamento no Tribunal (*surrender*[\[20\]](#) *of persons to the Court*), dispositivo esse que, em tese, conflita com a impossibilidade de extradição[\[21\]](#) de brasileiros natos (em caráter absoluto) e naturalizados, de acordo com o art. 5º, LI, da CF/88[\[22\]](#).

Tal inciso pertence ao rol dos direitos fundamentais catalogados no art. 5º, da CF/88 e, exatamente por agregar direito fundamental por excelência, encontram-se protegidos por cláusula pétrea (art. 60, §4º[\[23\]](#)).

Preliminarmente impende fazer uma abordagem do conceito de extradição entendido como tal.

Para Accioly (2000, p. 364), extradição “é o ato mediante o qual um Estado entrega a outro indivíduo acusado de haver cometido crime de certa gravidade ou que já se ache condenado por aquele, após haver-se certificado de que os direitos humanos do extraditando serão garantidos”.

Já Rezek (2008, p. 197) concebe que “Extradição é a entrega, por um Estado a outro, e a pedido deste, de pessoa que em seu território deva responder a processo penal ou cumprir pena”.

No mesmo diapasão, Silva (2005, p. 342) assevera ser ela “o modo de entregar o estrangeiro a outro Estado por delito nele praticado”.

De acordo com os ensinamentos de Moraes (2003) a extradição subdivide-se em duas espécies, a saber:

- a) ativa: é requerida pelo Brasil a outros Estados soberanos;
- b) passiva: é a que se requer ao Brasil, por parte dos Estados soberanos.

Em outras palavras:

Extraditar é entregar um indivíduo a outro país, no qual praticou determinado crime, para que seja lá julgado, com a aplicação das leis desse país. Por exemplo, um canadense pratica um crime no Canadá e foge para o Brasil; o governo canadense, então, pede ao governo brasileiro a extradição do indivíduo, para que ele seja julgado no Canadá, com a aplicação das leis canadenses. (PAULO; ALEXANDRINO, 2008, p. 158).

Lenza (2008, p. 710), como sempre, ilustra com muita didática as regras sobre extradição (art. 5º, LI e LII, da CF), ensinamentos os quais se mostra oportuno reproduzi-los:

- 1) brasileiro nato: nunca será extraditado;
- 2) brasileiro naturalizado: será extraditado:

- a) em caso de crime comum, praticado antes da naturalização; ou
 - b) de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na formada lei, praticado antes ou depois da naturalização;
- 3) estrangeiros: poderão ser extraditados, exceto em caso de crime político ou de opinião.

Dentro desse contexto, surge a seguinte problemática: Como proceder caso o TPI decidisse requerer a entrega de um brasileiro nato para ser julgado por aquela Corte?

De modo a elucidar a previsível arguição de eventuais incompatibilidades entre a previsão em comento e ordenamentos jurídicos internos, o art. 102 do Estatuto[24], faz a distinção entre os termos entrega e extradição, cujos significados não se confundem: Entende-se por *entrega* a entrega de uma pessoa por um Estado a um Tribunal Internacional. Por seu turno, *extradição* consiste na entrega de uma pessoa por um Estado a outro Estado.

Neste passo, não obstante a extradição se tratar de “um instrumento de cooperação internacional na repressão de combate à criminalidade”[25], o Estatuto não se refere tampouco menciona extradição, mas sim entrega, vez que esta pressupõe uma relação pautada no princípio da Cooperação, enquanto aquele constitui procedimento característico entre Estados soberanos.

Na concepção de Medeiros (2000):

A diferença fundamental consiste em ser o Tribunal uma instituição criada para processar e julgar os crimes mais atrozes contra a dignidade humana de uma forma justa, independente e imparcial. Na condição de órgão internacional, que visa realizar o bem-estar da sociedade mundial, porque reprime crimes contra o próprio Direito Internacional, a entrega ao Tribunal não pode ser comparada à extradição.

O fundamento para a proteção em sede constitucional da não extradição de nacionais se justifica no fato de que um julgamento realizado por uma jurisdição estrangeira poderia ser injusto ou parcial (para não dizer tendencioso), o que evidentemente não se vislumbra na atuação do TPI, cuja jurisdição, por ser internacional, não se submete a nenhum país em específico, logo, não há que se falar em soberania, mas em mitigação desse princípio em prol da cooperação internacional.

Ademais, conforme o princípio da Complementaridade presente no TPI, o Tribunal tem jurisdição complementar à jurisdição penal interna, o que quer significar que a entrega de nacional somente dar-se-á caso o Estado demonstre ser incapaz ou não julgue o nacional pelo crime cometido”.[\[26\]](#)

Considerando-se que o cumprimento da ordem de entrega de indivíduo ao TPI, órgão cuja atuação não deve ser entendida como estrangeira, mas sim como internacional[\[27\]](#), sendo que o Brasil se comprometera a se submeter à jurisdição do TPI (primeiramente pelo

art. 7º, do ADCT[28] e, agora também pelo art. 5º, §4º, da CF/88[29]), equivaleria ao julgamento daquele ser realizado perante uma Corte brasileira.

Na opinião do Professor Mazzuoli (2005, p. 68/69) neste ponto reside a diferença fundamental entre ambos os termos:

Portanto, não se trata de entregar alguém para outro sujeito de Direito Internacional Público, de categoria igual a do Estado-parte, também dotado de soberania na ordem internacional, mas sim a um *organismo internacional* de que fazem parte vários Estados. Daí entendermos que o ato de *entrega* é feito pelo Estado *a um tribunal internacional* de jurisdição permanente, diferentemente da extradição, que é feita por um Estado *a outro*, a pedido deste, em plano de absoluta igualdade, em relação a indivíduo neste último processado ou condenado e lá refugiado. A extradição envolve sempre dois Estados soberanos, sendo ato de cooperação entre ambos na repressão internacional de crimes, diferentemente do que o Estatuto de Roma chamou de *entrega*, onde a relação de cooperação se processa entre um Estado e o próprio Tribunal.

O jurista Gomes (2007) partilha da mesma opinião, para quem:

De tal modo, na entrega a relação que se forma é entre um Estado e um órgão internacional (desprovido de soberania). Já na extradição, a relação envolve dois Estados, ou seja, o indivíduo fica sujeito à soberania daquele que o solicita.

A esse respeito Comparato (2010, p. 481/482) leciona:

Já no tocante a possibilidade de o Brasil concordar em submeter cidadão brasileiro que se encontre em nosso território à jurisdição do Tribunal Penal Internacional, deve-se assinalar que o Estatuto estabelece, em seu art. 102, a distinção entre extradição e entrega (*surrender*). A extradição supõe uma relação de cooperação, em plano de absoluta igualdade, entre dois Estados em um processo criminal, enquanto a entrega refere-se à cooperação de um Estado com um órgão jurisdicional internacional. Neste último caso, as partes envolvidas na relação situam-se em planos jurídicos diferentes. Não se deve, a propósito, esquecer que a Constituição brasileira dispõe, no art. 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias que “o Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional de direitos humanos”. Ora, sendo o Tribunal Penal Internacional, como é óbvio, um órgão do sistema internacional de direitos

humanos, não se pode deixar de concluir que a entrega de cidadão brasileiro àquele tribunal refoge ao âmbito de aplicação do art. 5º, LI, da nossa Constituição.

Portanto, a extradição se dá somente entre dois Estados soberanos (trata-se de uma relação de Estado para Estado), sendo ato de cooperação entre ambos na repressão internacional de delitos, no ato de entrega, ao revés, verifica-se a relação entre um Estado-parte e um organismo de direito internacional (onde a relação de cooperação se processa entre um Estado e o próprio Tribunal).

Assim, manifesta é a distinção entre: submeter um nacional brasileiro a uma Corte dotada de jurisdição internacional, criada pelo aceite e esforço comum de vários Estados, da qual o Brasil se tornou signatário mediante a ratificação do tratado, o qual se obrigou fielmente a cumprir; e, a sujeição de brasileiro nato (esta sim vedada pela Constituição) a um tribunal estrangeiro, cuja jurisdição está afeta à soberania de um outro Estado, que não o brasileiro.

Por tudo isso, caem por terra as doutrinas que apontam a inconstitucionalidade do Estatuto de Roma. Afinal – como ensina a hermenêutica constitucional –, todas as normas jurídicas, para serem reputadas válidas e eficazes, deverão estar de acordo com os preceitos constitucionais.[\[30\]](#)

Destarte, inexistem incompatibilidades entre o instituto em voga (ordem de entrega de brasileiro nato ao TPI) e a Constituição Federal Brasileira (norma constitucional proibitiva da extradição de

brasileiro nato). Nesta toada, mostra-se plenamente admissível a ordem de entrega de nacional ao Tribunal, sem que tal afronte o ordenamento constitucional brasileiro.

CONCLUSÃO

A jurisdição penal internacional trilhou um longo caminho até que viesse a lume o TPI.

Várias foram as tentativas engendradas nesse sentido até que houvesse o estabelecimento efetivo da primeira Corte de Justiça Penal Internacional permanente, independente e imparcial.

Em pouco mais de uma década de existência o TPI se tornou um importante mecanismo de garantia contra as violações de direitos humanos.

Ao TPI ainda resta muito a fazer, bem como – e sobretudo – inúmeras resistências a romper, conforme adiante esclarecido.

A primeira delas diz respeito à soberania dos Estados-membros. Aliás, essa é a principal razão para a recusa por parte dos Estados em ratificar ao Estatuto de Roma. De fato, reconhecer suas limitações, de modo a abrir mão de parte de sua soberania, é algo de sobremaneira comprometedor para um Estado soberano, o que tem feito com que muitos Estados não reconheçam o TPI (Os Estados Unidos, por exemplo, já declararam abertamente que não pretendem fazer parte do TPI).

No caso do Brasil, embora seja signatário do Tratado de Roma, muitos pontuam que a ratificação do referido Estatuto estaria a desrespeitar um dos fundamentos que alicerçam a Constituição Federal Brasileira, qual seja, a soberania nacional (art. 1º, inciso I, da CF/88^[31])

quando, por exemplo, prevê a entrega de nacional do Estado-membro à jurisdição do TPI, ante à proibição absoluta da extradição de brasileiro nato expressa no texto constitucional (art. 5º, LI, da CF/88).

O respeitado doutrinador André Ramos Tavares salienta que essas incongruências são insanáveis, posto que não se pode mudar a Constituição Federal nesses aspectos, por conta das chamadas cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, da CF/88).

Por sua vez, uma parcela significativa da doutrina, formada por nomes de peso (Flávia Piovesan, Valério de Oliveira Mazzuoli e Luiz Flávio Gomes) defende que se trata de um conflito de normas (antinomia) apenas aparente, vez que os critérios para solucioná-lo são normas integrantes do ordenamento jurídico, pelos motivos delineados nos parágrafos seguintes.

Como com propriedade se posiciona Steiner (PRR-3, 2009):

Os dois sistemas - o nacional e o do TPI - não se misturam, não se confundem, não interferem um com o outro. Portanto, não vejo como possível alegar-se incompatibilidade entre sistemas que não se tocam, que são paralelos.

Em que pese a possível antinomia que pode surgir em um primeiro momento, uma análise hermenêutica pormenorizada do assunto conclui ser cediço que o conflito de normas é apenas aparente.

Chayes (1995 *apud* PIOVESAN, 2000) entende:

[...] que a soberania não pode mais consistir na liberdade dos Estados de atuarem

independentemente e de forma isolada à luz do seu interesse específico e próprio. A soberania hoje consiste, sim, numa cooperação internacional em prol de finalidades comuns. Um novo conceito de soberania, diz o autor, aponta a existência de um Estado não isolado, mas membro da comunidade e do sistema internacional. Os Estados, conclui, expressam e realizam a sua soberania, participando da comunidade internacional, ou seja, participar do sistema internacional é sobretudo um ato de soberania por excelência. Prenuncia-se, desse modo, o fim da era em que a forma pela qual o Estado tratava os seus nacionais era concebida como um problema de jurisdição doméstica decorrente da sua soberania. Nesse contexto, pode-se afirmar que uma das principais preocupações desse movimento de internacionalização dos direitos humanos é justamente convertê-los em tema de legítimo interesse da comunidade internacional.

Com relação à soberania, mostra-se acertada a afirmação do doutrinador Mazzuoli (2011, p. 973/974), para quem:

Não existe restrição ou diminuição da soberania para os países que já aderiram, ou aos que ainda irão aderir, ao Estatuto de Roma. Ao contrário: na

medida em que um Estado ratifica uma convenção multilateral como esta, que visa trazer um bem estar que a sociedade internacional reivindica há anos, ele não está fazendo mais do que, efetivamente, praticando um ato de soberania, e o faz de acordo com a sua Constituição, que prevê a participação dos poderes Executivo e Legislativo (no caso brasileiro: CF, arts. 84, inc. VIII e 49, inc. I, respectivamente) no processo de celebração de tratados internacionais.

Neste sentido esse monitoramento realizado pelo TPI, mediante o consentimento prévio do Estado que a ele se submeteu por intermédio da ratificação, não configura uma intromissão indevida no exercício da soberania desse mesmo Estado soberano. Afinal, a jurisdição do TPI é complementar, se coaduna com a jurisdição doméstica, conforme amplamente enfatizado ao longo deste artigo.

É sob esse enfoque que deve ser compreendido o TPI. Consoante preceitua Piovesan (2000), “o Tribunal Internacional Penal surge como um aparato complementar à jurisdição penal nacional. O Estatuto de Roma reitera a idéia de que o Estado tem a responsabilidade primária, o dever jurídico de emprestar a sua jurisdição. No entanto, se isso não ocorrer, a responsabilidade subsidiária é da comunidade internacional,” acionável quando as instituições nacionais mostrarem-se falhas ou omissas na proteção dos direitos humanos.

A mesma Piovesan (2003, p.151) continua:

A jurisdição do Tribunal é adicional e complementar à do Estado, ficando condicionada à incapacidade ou à omissão do sistema judicial interno. O Estado tem o dever de exercer sua jurisdição penal contra os responsáveis por crimes internacionais, tendo a comunidade internacional a responsabilidade subsidiária. [...] A jurisdição do Tribunal Penal Internacional não substitui a jurisdição local, mas é a ela complementar e subsidiária.

E, por fim, conclui (Ibid., p. 151/152) que:

O reconhecimento da jurisdição do Tribunal Penal Internacional, em si mesmo, é ato de soberania do Estado brasileiro, não cabendo ao Estado, *a posteriori*, valer-se desta mesma soberania para afastar a jurisdição Internacional.

No mesmo sentido são as lições de Mazzuoli (2005, p. 55):

Sua jurisdição, obviamente, incidirá apenas em casos raros, quando as medidas internas dos países se mostrarem insuficientes ou omissas no que respeita ao processo e julgamento dos acusados, bem como quando desrespeitarem as legislações penal e processual internas.

Destarte, a jurisdição do Tribunal Penal Internacional terá caráter excepcional, sendo que somente será cabível a aplicação desse Estatuto

quando o Estado se mostrar manifestamente falho, omissivo, incapaz de responder às violações de direitos humanos.

Outrossim, uma violação aos direitos humanos não se trata apenas de uma afronta a direito fundamental tutelado na órbita dos limites territoriais de um determinado País, mas de toda a humanidade em conjunto, independentemente de estarem positivados ou não no ordenamento jurídico de uma determinada Nação. Nesta toada, a tutela dos direitos humanos não se restringe ao campo de atuação de um determinado Estado, por tratar de direito inerente aos seres humanos, cuida-se de matéria cuja competência recai sobre um âmbito global (campo de atuação de cada Estado competente para punir a violação perpetrada) e, subsidiariamente, o juízo internacional (TPI), sendo que a competência deste último somente será trazida à voga ante a falha, omissão ou incapacidade daquele de responder às violações de direitos humanos, por força do princípio da Complementaridade, sem que essa intromissão fira a soberania do Estado no qual se deu o desrespeito aos direitos humanos, quer do Estado cujo perpetrador seja nacional. Por isso, não há que se falar em incompatibilidades entre o quanto disposto no Estatuto de Roma e a Constituição Federal Brasileira, pelo contrário, ambas as normas se complementam na busca incessante pelo bem comum, qual seja, a proteção dos direitos humanos em escala planetária tendente a preservar a paz mundial.

Até porque o TPI é um tribunal de última instância, cuja atuação somente estará legitimada em caso de inação (omissão ou incapacidade) dos Estados. Assim, trata-se de situações excepcionais, nas quais o

Estado não atuou porque não quis ou não pôde atuar a contento. Portanto, não há que se falar em perda da soberania, já que a competência primária para o exercício da jurisdição pertence ao Estado, apenas diante da falha ou omissão dele que será acionada a competência subsidiária do TPI às jurisdições nacionais.

Por derradeiro, a ratificação do Estatuto do Tribunal Penal Internacional pelo Brasil é absolutamente compatível e consonante com a ordem constitucional brasileira, “não havendo como argumentar que esse Tribunal seria uma intervenção indevida no exercício da soberania nacional”[\[32\]](#), vez que nele há a conjugação da ordem interna e da ordem internacional, à luz do princípio da prevalência dos direitos humanos, mediante providências tendentes a punir e retirar do convívio coletivo mundial, não apenas criminosos genocidas ou ditadores, mas também os responsáveis pela prática de crimes internacionais, em relação aos quais não se admite esquecimento.

REFERÊNCIAS

BIBLIOGRAFIA

ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de Direito Internacional Público*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. 13. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 13.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional Descomplicado*. 2ª.ed. rev. atual. São Paulo: Método, 2008.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 9.ed. rev. ampl. e atual.. São Paulo: Saraiva, 2008.

REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público: Curso Elementar*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

OBRAS CONSULTADAS ONLINE

DELLA TORRE NETTO, Adhemar. O Tribunal Penal Internacional como órgão do Poder Judiciário brasileiro e a ordem de entrega. In: *Cadernos de Direito, Brasil*, v. 11, n.21, mai. 2012. Disponível em: <<https://www.metodista.br/revistas/revistas-unimep/index.php/direito/article/view/186>>. Acesso em: 08 set. 2012.

Entrevista: Sylvia Steiner – Juíza do Tribunal Penal Internacional. *PRR-3*. Disponível em: <<http://www.prr3.mpf.gov.br/content/view/249/111/>>, Acesso em: 25 dez. 2012.

GOMES, Luiz Flávio. *As aparentes antinomias entre O TPI (Tribunal Penal Internacional) e a CF/88*. Disponível em:

<http://www.lfg.com.br/artigo/20070529180222887_as-aparentes-antinomias-entre-o-tpi-tribunal-penal-internacional-e-a-cf-88.html>.

Acesso em: 16 dez. 2012.

JARDIM, Tarciso Dal Maso. O Tribunal Penal Internacional e sua Importância para os Direitos Humanos. *O que é o Tribunal Penal Internacional*. Cartilha Organizada pela Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados: Gráfica Oficial, 2000. 34 p. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/cartilhas/dh/tpi/cartilha_tpi.htm#A%20PENA%20DE%20PRIS%C3%83O>. Acesso em: 09 de jan. 2013.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. O Tribunal Penal Internacional: integração ao direito brasileiro e sua importância para a justiça penal internacional. In: *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos: divisão jurídica*, Centro de Pós-graduação, Faculdade de Direito de Bauru, n. 43, maio/ago. 2005. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/dpj/cji/bitstream/26501/1546/1/Tribunal%20Penal%20Internacional.pdf>>. Acesso em: 26 out. 2012.

MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. O Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira. *O que é o Tribunal Penal Internacional*. Brasília: Cartilha Organizada pela Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados: Gráfica Oficial, 2000. 34 p. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/cartilhas/dh/tpi/cartilha_tpi.htm#A%20PENA%20DE%20PRIS%C3%83O>. Acesso em: 09 de jan. 2013.

PIOVESAN, Flávia Cristina. Direitos Humanos e a Jurisdição Constitucional Internacional. In: *Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC*, América do Norte, n.1, jan./jun. 2003. Disponível em:

<<http://esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/27/28>>. Acesso em: 29 abr. 2015.

PIOVESAN, Flávia. Princípio da Complementaridade e Soberania. In: *Revista CEJ*, América do Norte, v. 4, n. 11, mai./ago. 2000. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/tpi/textos/tpi_piovesan.html>. Acesso em: 20 out. 2012.

RODRIGUES, Larissa Pereira. O Tribunal Penal Internacional e a Constituição Federal: Divergências sobre a existência de conflito entre normas. In: *Revista Brasileira de Direito Internacional – RBDI*. v. 1, n. 1, jan./jun.2005. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/dint/article/view/4588/3822>>. Acesso em: 02 out. 2012.

SABÓIA, Gilberto Vergne. Conferência - A criação do Tribunal Penal Internacional. In: *Revista CEJ*. v. 4 n. 11 mai./ago. 2000. Disponível em: <<http://www.ufsm.br/revistadireito/eds/v5n3/A4.pdf>>. Acesso em: 30 set. 2012.

STEINER, Sylvia. A pena de prisão perpétua e a Constituição brasileira. *O que é o Tribunal Penal Internacional*. Brasília: Cartilha Organizada pela Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados: Gráfica Oficial, 2000. 34 p. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/cartilhas/dh/tpi/cartilha_tpi.htm#A%20PENADE%20PRIS%C3%83O>. Acesso em: 09 de jan. 2013.

LEGISLAÇÃO

BRASIL. Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm#adct>. Acesso em: 27 jan. 2013.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 16 abr. 2015, 14:35.

BRASIL, Decreto n.º 4.388, de 25 set. 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm>.

Acesso em: 30 abr. 2015.

NOTAS:

[1] PAULO; ALEXANDRINO, 2008, p. 105.

[2] O termo “plenipotenciário” significa uma autoridade, seja ela o Ministro das Relações Exteriores ou outra pessoa por ele indicada, com anuência do Presidente da República e com Carta de Plenos Poderes (por isso, plenipotenciário), que tem o poder de assinar um tratado em nome de seu país. Enfim, plenipotenciários são os chefes das Relações Diplomáticas de um determinado Estado.

[3] COMPARATO, 2010, p.461.

[4] MAZZUOLI, 2005, p. 55.

[5] MAZZUOLI, 2005, p. 54.

[6] Amplamente consagrado como princípio da Reserva Legal (ou, simplesmente, princípio da Legalidade), determina que não há crime sem lei anterior que o defina nem pena sem prévia cominação legal.

[7] Nos termos do art. 3º, § 1º do Estatuto, o Tribunal tem sede em Haia, Países Baixos (“o Estado anfitrião”), podendo funcionar em outro local sempre que se entender conveniente. (LENZA, 2008, p.704).

[8] COMPARATO, 2010, p. 467.

[9] SABÓIA, 2000.

[10] MEDEIROS, 2000.

[11] SABÓIA, 2000.

[12] SABÓIA, 2000.

[13] LENZA, 2008, p. 704.

[14] LENZA, 2008, p. 705.

[15] MAZZUOLI, 2011, p. 964.

[16] MAZZUOLI, loc. cit.

[17] *Antinomia jurídica* é definida como “a oposição que ocorre entre duas normas contraditórias (total ou parcialmente), emanadas de autoridades competentes num mesmo âmbito normativo, que colocam o sujeito numa posição insustentável pela ausência ou inconsistência de critérios aptos a permitir-lhe uma saída nos quadros de um ordenamento dado.” (FERRAZ JÚNIOR, 2008, p. 179).

[18] “As antinomias podem ser classificadas em reais ou aparentes. “A antinomia *real* é definida como aquela em que [...] a posição do sujeito é insustentável porque não há *critérios* para a sua solução, ou porque entre os critérios existentes há conflito, e é *aparente* em caso contrário”. (FERRAZ JÚNIOR, 2008, p. 180). Sendo assim, as antinomias reais são aquelas insolúveis, enquanto as aparentes são solúveis, para as quais os critérios para solução estão no próprio ordenamento.

[19] Artigo 89

Entrega de Pessoas ao Tribunal

1. O Tribunal poderá dirigir um pedido de detenção e entrega de uma pessoa, instruído com os documentos comprovativos referidos no artigo 91, a qualquer Estado em cujo território essa pessoa se possa encontrar, e solicitar a cooperação desse Estado na detenção e entrega da pessoa em causa. Os Estados Partes darão satisfação aos pedidos de detenção e de entrega em conformidade com o presente Capítulo e com os procedimentos previstos nos respectivos direitos internos.

[20] O termo *surrender*, traduzido em sua literalidade do inglês para o português, significa rendição, render-se, entregar-se, ceder – Isto mesmo, no imperativo –, o que, aliás, está-se de acordo com a real intenção do legislador internacional, qual seja, o dever, a obrigatoriedade em fazê-lo.

[21] Extradição “e o ato mediante o qual um Estado entrega a outro indivíduo acusado de haver cometido crime de certa gravidade ou que já se ache condenado por aquele, após haver-se certificado de que os direitos humanos do extraditando serão garantidos”. (ACCIOLY, 2000, p.364).

[22] 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:

LI - nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei;

[23] Art. 60, §4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

[...]

IV - os direitos e garantias individuais.

[24] Artigo 102

Termos Usados

Para os fins do presente Estatuto:

a) Por "entrega", entende-se a entrega de uma pessoa por um Estado ao Tribunal nos termos do presente Estatuto.

b) Por "extradição", entende-se a entrega de uma pessoa por um Estado a outro Estado conforme previsto em um tratado, em uma convenção ou no direito interno.

[25] BITENCOURT, 2008, p. 187.

[26] RODRIGUES, 2005, p. 156.

[27] O TPI não se submete a qualquer Estado nem é um Estado (eis que não possui os elementos caracterizadores para tal, quais sejam: território delimitado, soberania e povo), mas organismo internacional.

[28] Art. 7º. O Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos.

[29] § 4º O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.

[30] SILVA, 2003 *apud* DELLA TORRE NETTO, 2012, p. 130.

[31] Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

[32] PIOVESAN, 2000.

Conforme a NBR 6023:2000 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico publicado em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma: MARTINS, Rosemary Gonçalves. *A (in)compatibilidade na ordem de entrega de brasileiro nato à jurisdição do tpi diante da constituição da república federativa do Brasil*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 23 maio 2015. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.53489>>. Acesso em: 23 maio 2015.

A (IR)RESPONSABILIDADE PESSOAL DO ADVOGADO PARECERISTA

BRENO DA SILVA RAMOS: Advogado da União. Coordenador-Geral de Assuntos Estratégicos, substituto, da Consultoria Jurídica do Ministério da Integração Nacional. Especialista em Direito Público e Direito Administrativo.

RESUMO: O presente artigo tem por fim o estudo acerca da responsabilidade do advogado público, em especial, o Advogado da União, em exercício na atividade consultiva, o qual, em algumas ocasiões tem sido penalizado pela opinião exarada em um parecer jurídico. Para tanto, serão analisadas as características do parecer, tal como conceito, natureza jurídica e espécies. Na sequência, será verificado o entendimento da jurisprudência pátria, bem como da doutrina, acerca do tema da responsabilização pessoal do advogado parecerista. Assim, tendo-se como respaldo o atual cenário jurídico, será apresentada uma conclusão abarcando os diversos entendimentos existentes, bem como apontando aquele que parece ser o mais adequado.

PALAVRAS-CHAVE: Advogado. Consultivo. Parecer. Responsabilidade. Jurisprudência. Doutrina.

INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 131, dispõe ser a Advocacia Geral da União a instituição que representa a União, judicial e extrajudicialmente, exercendo as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo Federal.

A Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 2013, que institui a Lei Orgânica da Advocacia Geral da União, por sua vez, estabelece, ao longo dos seus artigos, as diversas atribuições daqueles que integram a referida carreira. No que tange às Consultorias Jurídicas, dispõe, em seu art. 11, que compete aos referidos órgãos prestar assessoria jurídica aos Ministros de Estados, ao Secretário Geral e aos demais titulares de Secretarias da Presidência da República e ao Chefe de Estado-Maior das Forças Armadas, aos quais estiverem subordinados.

É no exercício dessa tarefa de assessoramento, que, em regra, os advogados públicos emitem a sua opinião jurídica por meio de pareceres. A depender do caso, conforme restará demonstrado, a realização da consulta jurídica pode ser facultativa ou obrigatória, assim como o posicionamento exarado pelo parecerista pode assumir caráter vinculante ou meramente opinativo.

Nessa esteira, muito se discute acerca da responsabilidade que recaí sobre aquele que externa a sua opinião jurídica por meio de um parecer. Questiona-se se deveria o advogado público responder de forma pessoal pelas consequências advindas do ato administrativo praticado com respaldo no seu parecer jurídico. Indaga-se, ainda, se o parecer integraria o ato administrativo praticado posteriormente pelo gestor público que se acudiu da opinião jurídica exarada.

Os tribunais pátrios já possuem manifestações acerca desses questionamentos, tendo, inclusive, o Supremo Tribunal Federal já apreciado a questão. Todavia, diante da complexidade do tema e da vivência diária do embate por aqueles que atuam na função de

assessoramento jurídico, é que o presente estudo se caracteriza como de maior relevância.

I – PARECER. CONCEITO, NATUREZA JURÍDICA E ESPÉCIES.

De acordo com o Dicionário HOUAISS da Língua Portuguesa, o parecer, na qualidade de substantivo masculino, define-se como a “opinião de um especialista em resposta a uma consulta”. No contexto em análise, o especialista é operador do direito, e a consulta se refere ao questionamento formulado pelo órgão assessorado a fim de buscar respaldo para prática de um determinado ato.

No âmbito do direito administrativo, o parecer, ato administrativo que é, encontra-se classificado dentre aqueles denominados de “atos enunciativos”. Nesse sentido, cumpre transcrever os ensinamentos de Hely Lopes Meirelles quanto ao conceito do ato administrativo, bem como dos atos enunciativos e, em especial, do parecer. Vejamos:

Ato administrativo é toda manifestação unilateral da administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria.

Atos administrativos enunciativos são todos aqueles em que a Administração se limita a certificar ou atestar um fato, ou *emitir uma opinião sobre determinado assunto*, sem se vincular ao seu enunciado. Dentre os atos mais comuns

desta espécie merecem menção as certidões, os atestados, e os *pareceres administrativos*.

Pareceres administrativos são manifestações de órgãos técnicos sobre assuntos submetidos à sua consideração^[1]

Assim, uma vez definido que o parecer é um ato administrativo enunciativo através do qual um órgão técnico emite a sua opinião sobre uma determinada consulta que lhe foi formulada, cumpre, então, tecer comentários sobre a facultatividade/obrigatoriedade da realização da consulta jurídica, bem como sobre os efeitos vinculantes, ou não, do parecer exarado.

No que tange aos “pareceres facultativos” (o que é facultativo é a consulta em si, e não a emissão do parecer), cabe ao administrador, com base na sua discricionariedade, decidir por submeter ou não a prática de um determinado ato à análise da assessoria jurídica, já que não há lei que fixe essa obrigação. Nesse caso, mesmo em sendo formulada a consulta, o administrador não ficará vinculado à opinião técnica exarada no parecer, podendo vir a praticar o ato mesmo quando o parecerista opinar pela não aprovação do ato. Nesse caso, entretanto, conforme defendido pela doutrina, deve o administrador motivar a superação do parecer.

Ademais, em sendo a consulta facultativa, pode o gestor, posteriormente à emissão do parecer, decidir por praticar o ato de forma distinta daquela submetida à análise jurídica, já que desde o início a prática do ato prescindia de parecer prévio. Ou seja, não fica o

administrador sequer vinculado a praticar o ato nos termos como exposto na consulta.

De outro lado, a depender do caso, pode o administrador estar obrigado a realizar uma consulta prévia acerca da legalidade da prática de um determinado ato. Nesses casos, em que a doutrina denomina de “parecer obrigatório”, há uma previsão legal expressa no sentido de que a prática do ato está subordinada à emissão de um parecer jurídico, de modo que acaso o gestor pratique o mencionado ato sem buscar a necessária opinião jurídica, ter-se-á um ato eivado, uma vez que “Se inobservada a obrigação, considerar-se-á que o ato decisório tem vício de legalidade quanto à forma, eis que faltante solenidade essencial a sua validade”.^[2]

Nessa esteira, cumpre esclarecer que no caso do “parecer obrigatório” (não se está falando do “parecer vinculante”, o qual será analisado adiante), a lei exige tão somente que a prática do ato seja submetida à análise jurídica, ou seja, não há a exigência de que a opinião constante do parecer seja pela aprovação do ato. Isto é, mesmo que o parecer reprove a prática do ato pretendido, não está o administrador impedido de – mediante necessária fundamentação – ultrapassar o parecer e consumir o ato.

O fato de o parecer ser obrigatório, contudo, vincula o gestor a praticar o ato nos termos como exposto na consulta. Ou seja, exemplificado: o gestor formula uma consulta à sua assessoria jurídica acerca da legalidade de a administração celebrar um contrato cedendo em comodato dez computadores; após a emissão do parecer aprovando

a referida pretensão, pretende o administrador, agora, celebrar o aludido contrato com uma modificação: ao invés de comodato, decidiu por celebrar um contrato de locação. Ora, se nesse caso específico houvesse a exigência de parecer prévio para a celebração de contratos de comodato e de aluguel, não poderia o administrador celebrar o contrato de aluguel com respaldo no parecer que aprovou o contrato de comodato. Trata-se de questão distinta que deveria ser submetida a uma nova consulta jurídica.

Nos casos em que a lei prevê os chamados “pareceres obrigatórios”, em regra, a opinião jurídica nele exarada não tem natureza vinculante, de modo que o administrador não fica obrigado a praticar o ato tal como decidido pelo parecerista. Nesses casos, têm-se, então, os pareceres obrigatórios de opinião não vinculante.

Há hipóteses, entretanto, em que a lei prevê de forma expressa o efeito vinculante do parecer. Tal se dá quando a lei estabelece que a prática do ato “x” está condicionada à prévia aprovação jurídica por meio de parecer. Todavia, trata-se de exceção em que deve haver expressa previsão legal, já que, ordinariamente, o parecer, ato enunciativo que é, apenas expõe uma opinião. Nesse sentido, José dos Santos Carvalho Filho:

A característica marcante dos pareceres repousa na circunstância de que não são decisórios, vale dizer, sendo atos de opinamento, necessitam da aprovação de seu conteúdo por meio de outro ato administrativo, praticado

pela autoridade que, de acordo com as regras de competência, tem o poder de decidir sobre a matéria.

(...)

Pareceres vinculantes são atos de opinião em que o órgão incumbido da prática do ato principal não somente tem a obrigação de solicitá-los preliminarmente, como também deve endossar seu conteúdo. Exatamente porque fogem um pouco de sua característica mais marcante, sua existência encerra regime de exceção e só devem ser assim considerados quando a lei ou o regulamento dispuserem expressamente em tal sentido.[\[3\]](#)

Portanto, nesses casos em que a lei prescreve a obrigatoriedade de o administrador praticar o ato tal como “aconselhado” pelo parecerista, haverá ausência de discricionariedade do gestor, que ficará impedido de descumprir o parecer e praticar o ato administrativo de forma diversa. Acaso assim proceda, haverá patente ilegalidade em sua conduta.

Nessa esteira, há quem defenda que o “parecer vinculante”, em realidade, teria natureza decisória, e não meramente opinativa, como ocorre no caso dos “pareceres não vinculantes”. Nesse sentido, José dos Santos Carvalho Filho:

Costuma a doutrina fazer referência aos pareceres vinculantes, assim conceituados aqueles que impedem a autoridade decisória de adotar outra conclusão que, não seja a do ato opinativo, ressalvando-se, contudo, que se

trata de regime de exceção e, por isso mesmo, só sendo admitido se a lei o exigir expressamente. Em nosso entender, porém, há um desvio de qualificação jurídica nesses atos: pareceres são atos opinativos, de modo que, se o opinamento do parecerista vincula outra autoridade, o conteúdo do ato é tipicamente decisório, e não meramente opinativo, como é de sua natureza. Em suma: o parecerista acaba tendo a vestimenta de autoridade decisória, cabendo ao agente vinculado papel meramente secundário e subserviente à conclusão do parecerista. Cuida-se, pois, de exdrúxula inversão de status jurídico.[\[4\]](#)

Assim, uma vez que a conduta do administrador deve se pautar nos termos do parecer, parcela da doutrina defende que nesses casos, o parecer vinculante integraria o próprio ato administrativo praticado *a posteriori*, já que houve uma partilha do poder decisório para tanto. Contudo, cumpre esclarecer que referido entendimento não se estende aos pareceres “não vinculantes”, que são meramente opinativos, conforme já estudado. Nessa esteira, é o seguinte excerto do voto do Ministro Joaquim Barbosa no julgamento do MS 24.631/DF, cujo Acórdão foi publicado no dia 01/02/2008.

Assim, via de regra, se a lei (i) não exige expressamente parecer favorável como requisito de determinado ato administrativo, ou (ii) exige apenas o exame prévio por parte do órgão de assessoria jurídica, o parecer técnico-jurídico em nada vincula o ato administrativo a ser

praticado, e dele não faz parte. Nesses casos, se o administrador acolhe as razões do parecer jurídico, incorpora, sim, ao seu ato administrativo, os fundamentos técnicos; mas isso não quer dizer que, com a incorporação dos seus fundamentos técnicos ao ato administrativo, o parecer perca sua autonomia de ato meramente opinativo que nem ato administrativo propriamente dito é, como bem define Hely Lopes MEIRELLES: “o que subsiste como ato administrativo não é o parecer, mas, sim, o ato de sua aprovação, que poderá revestir a modalidade normativa, ordinatória, negocial ou punitiva” (Direito Administrativo Brasileiro, 28ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 198)

(...)

A doutrina brasileira, embora tradicionalmente influenciada pela doutrina francesa nesta matéria, não desce a essa sofisticação de detalhes, preferindo manter-se fiel à noção de que o parecer jurídico tem sempre caráter opinativo. O que é relevante nessa classificação é que, no caso do parecer vinculante, há efetiva partilha do poder decisório. É nessa linha de entendimento que o professor CHAPUS sustenta haver maculação, por vício de competência, do ato administrativo expedido sem a observância do “avis conforme” nos casos em que a lei o exige.

Isto porque nesses casos em que o parecer favorável de órgão consultivo é, por força de lei, pressuposto de

perfeição do ato, há efetiva “partilha do poder de decisão” entre a autoridade executiva e o órgão consultivo.

Diante do que até aqui exposto, é de se concluir que, para parte da doutrina, o “parecer vinculante” integraria o próprio ato administrativo praticado pelo gestor, uma vez que o parecerista participou de forma efetiva da tomada de decisão que culminou com a prática do ato. Por outro lado, no caso dos “pareceres não vinculantes”, não haveria que se falar em um único ato administrativo, haja vista que o ato praticado *a posteriori* não guardaria qualquer relação de vinculação com o quanto exposto no parecer.

Cumprido esclarecer, por oportuno, que ao se afirmar que o “parecer vinculante” integra o ato administrativo praticado posteriormente, ter-se-á, então, um ato administrativo composto. O ato administrativo composto, nos ensinamentos de Maria Sylvia Zanella di Pietro:

Ato composto é o que resulta da manifestação de dois ou mais órgãos, em que a vontade de um é instrumental em relação a de outro, que edita o ato principal. Enquanto no ato complexo fundem-se vontade para praticar um ato só, no ato composto, praticam-se dois atos, um principal e um acessório; esse último pode ser pressuposto ou complementar daquele.

(...)

Os atos, em geral, que dependem de autorização, aprovação, proposta, parecer, laudo técnico, homologação, visto etc., são atos compostos.^[5]

Nesse passo, uma vez estabelecida a distinção entre os casos de consultas obrigatórias e facultativas, entre “pareceres vinculantes e não vinculantes”, bem como o fato de que, conforme jurisprudência pátria, apenas o “parecer vinculante” integra o ato administrativo, cumpre adentrar no exame da responsabilidade pessoal do advogado parecerista.

II – RESPONSABILIDADE PESSOAL DO ADVOGADO PARECERISTA

Conforme já devidamente explicitado, o ordenamento jurídico reconhece a existência de “pareceres vinculantes” e “não vinculantes”. Na análise que agora se inicia, essa distinção é de suma importância.

É sabido que o “parecer não vinculante” não integra o ato administrativo praticado após a formulação da consulta, assim como que o gestor administrativo, nesse caso, pode praticar o ato administrativo ao seu livre arbítrio.

Já o “parecer vinculante”, exatamente por vincular a conduta do agente administrativo, integraria o ato administrativo praticado com seu respaldo.

Deste modo, em um primeiro momento, poder-se-ia afirmar que se em algum desses casos houvesse a incidência de responsabilidade pessoal do parecerista, o seria nos “pareceres vinculantes”, já que o advogado público estaria partilhando do poder decisório.

Todavia, a conclusão dessa análise não é tão simples como parece, pois enquanto parte da doutrina defende que a responsabilidade do parecerista nunca pode ser a regra, outra corrente defende que mesmo no caso dos “pareceres não vinculantes” o advogado parecerista deve responder pela opinião exarada, uma vez que o gestor estará praticando o ato na confiança de que há um respaldo jurídico para tanto.

Ademais, sustenta-se que a irresponsabilidade do advogado ocasionaria uma situação de impunidade, pois o administrador justificaria a prática do ato no parecer, e o parecerista justificaria a inviolabilidade de sua opinião.

Instado a se manifestar sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Mandado de Segurança nº 24.631/DF, se posicionou no sentido de reconhecer, em regra, a responsabilidade pessoal do advogado que emite opinião através de “parecer vinculante”, e, excepcionalmente, daquele que elabora “parecer não vinculante”. Eis a ementa do referido julgado:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONTROLE EXTERNO. AUDITORIA PELO TCU. RESPONSABILIDADE DE PROCURADOR DE AUTARQUIA POR EMISSÃO DE PARECER TÉCNICO-JURÍDICO DE NATUREZA OPINATIVA. SEGURANÇA DEFERIDA. I. Repercussões da natureza jurídico-administrativa do parecer jurídico: (i) quando a consulta é facultativa, a autoridade não se vincula ao parecer proferido, sendo que seu poder de decisão não se altera pela manifestação do órgão consultivo; (ii) quando a

consulta é obrigatória, a autoridade administrativa se vincula a emitir o ato tal como submetido à consultoria, com parecer favorável ou contrário, e se pretender praticar ato de forma diversa da apresentada à consultoria, deverá submetê-lo a novo parecer; (iii) quando a lei estabelece a obrigação de decidir à luz de parecer vinculante, essa manifestação de teor jurídica deixa de ser meramente opinativa e o administrador não poderá decidir senão nos termos da conclusão do parecer ou, então, não decidir. II. No caso de que cuidam os autos, o parecer emitido pelo impetrante não tinha caráter vinculante. Sua aprovação pelo superior hierárquico não desvirtua sua natureza opinativa, nem o torna parte de ato administrativo posterior do qual possa eventualmente decorrer dano ao erário, mas apenas incorpora sua fundamentação ao ato. III. Controle externo: É lícito concluir que é abusiva a responsabilização do parecerista à luz de uma alargada relação de causalidade entre seu parecer e o ato administrativo do qual tenha resultado dano ao erário. Salvo demonstração de culpa ou erro grosseiro, submetida às instâncias administrativo-disciplinares ou jurisdicionais próprias, não cabe a responsabilização do advogado público pelo conteúdo de seu parecer de natureza meramente opinativa. Mandado de segurança deferido.

(MS 24631, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal

Pleno, julgado em 09/08/2007, DJe-018 DIVULG 31-01-2008
PUBLIC 01-02-2008 EMENT VOL-02305-02 PP-00276 RTJ
VOL-00204-01 PP-00250)

Assim, verifica-se que, após analisar as diferentes espécies de pareceres, o Egrégio STF concluiu que não se pode, deliberadamente, atribuir responsabilidade pessoal ao advogado público pela opinião exarada em um parecer.

No caso dos “pareceres vinculantes”, da interpretação da ementa acima transcrita, conclui-se que a regra é a responsabilidade pessoal do parecerista, vez que o advogado partilhou do poder decisório para a prática do ato administrativo.

Já em se tratando de “pareceres não vinculantes”, a regra é a não responsabilização pessoal, uma vez que a participação do advogado tem caráter meramente opinativo. Contudo, mesmo nesses casos, se comprovado que o parecerista, ao emitir sua opinião, incorreu em culpa ou erro grosseiro, estar-se-á diante de uma exceção na qual o advogado poderá ser penalizado pessoalmente.

Todavia, em que pese se tratar do entendimento da Máxima Corte Brasileira, fato é que abalizada doutrina interpreta o mencionado entendimento com restrições. Para essa parcela, o advogado parecerista só poderia responder pessoalmente nos casos em ficasse comprovada a culpa ou o erro grosseiro, independentemente de ser o parecer “vinculante” ou “não vinculante”.

Como sustentáculo para a defesa desta tese, pode-se citar o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil que dispõe ser o advogado,

público ou privado, inviolável no exercício do seu ofício, respondendo apenas quando agir com dolo ou culpa. Nesse sentido:

Art. 2º O advogado é indispensável à administração da justiça.

(...)

§ 3º No exercício da profissão, *o advogado é inviolável por seus atos e manifestações*, nos limites desta lei.

Art. 3º O exercício da atividade de advocacia no território brasileiro e a denominação de advogado são privativos dos inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB),

§ 1º Exercem atividade de advocacia, *sujeitando-se ao regime desta lei, além do regime próprio a que se subordinem, os integrantes da Advocacia-Geral da União, da Procuradoria da Fazenda Nacional, da Defensoria Pública e das Procuradorias e Consultorias Jurídicas dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas entidades de administração indireta e fundacional.*

Art. 32. O advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, *praticar com dolo ou culpa.* (grifos do autor)

De fato, a razão parece estar com essa corrente doutrinária, uma vez que não pode ser transferida para o advogado público a responsabilidade pela prática de um ato. Ainda que o parecer proferido assumira caráter vinculante, em última instância, o poder de decisão pela prática do ato cabe à autoridade administrativa. Isto é, o fato de o

advogado proferir o parecer pela aprovação do procedimento não obriga o gestor público a praticar o ato, uma vez que pode o gestor, ainda assim, decidir por não praticá-lo.

Ademais, acaso a responsabilidade do advogado parecerista venha a se tornar uma regra, ainda que só nos “pareceres vinculantes”, estará esse profissional acuado no exercício das suas funções, pois sempre haverá o temor de expor sua opinião, ainda que fundamentada, vez que será passível de punição pessoal. Deste modo, por vezes, o consultor optará por negar a prática do ato apenas pelo receio da responsabilização, ainda que entenda que o melhor, diante do interesse público, seria a prática do referido ato.

Adepto dessa corrente, Rafael Carvalho Rezende Oliveira expõe:

Entendemos, todavia, que a responsabilidade pela emissão do parecer somente é possível quando comprovado erro grosseiro ou o dolo do parecerista.

Em primeiro lugar, o dever de administrar cabe à autoridade administrativa, e não ao consultor jurídico, sob pena de violação ao princípio da separação dos poderes. A decisão final sempre será da autoridade que pode, inclusive, decidir por não continuar com o processo de licitação/contratação, apesar da existência do parecer jurídico. É a autoridade administrativa (e não o advogado público) a responsável pela administração pública ou gestão da coisa pública, sendo, a nosso ver, incoerente a classificação do parecer

como “vinculante” quando, em verdade, o ato representa apenas a opinião jurídica do advogado.

Em segundo lugar, existem diversas interpretações jurídicas que podem ser razoavelmente apresentadas em cada situação concreta, não sendo possível responsabilizar o advogado público que apresentou interpretação razoável. Não se pode desconsiderar o fato de que o advogado público tem que manifestar a sua opinião no momento em que o fato se apresenta, sem a real noção, muitas vezes, das inúmeras consequências (boas ou ruins) que poderão ser produzidas.[\[6\]](#)

Perfilhando do mesmo entendimento, Maria Sylvia:

Na realidade, o parecer contém a motivação do ato a ser praticado pela autoridade que o solicitou. Por isso mesmo, se acolhido, passa a fazer parte integrante da decisão. Essa a razão pela qual o Tribunal de Contas tem procurado responsabilizar os advogados públicos que, com seu parecer, deram margem a decisão considerada ilegal. *No entanto, essa responsabilização não pode ocorrer a não ser nos casos em que haja erro grosseiro, culpa grave, má-fé por parte do consultor; ela não se justifica se o parecer estiver adequadamente fundamentado; a simples diferença de opinião – muito comum na área jurídica – não pode justificar a responsabilização do consultor.* Não é por outra razão que o parecer isoladamente não produz qualquer

efeito jurídico; em regra, ele é meramente opinativo.^[7]
(grifo do autor)

O Poder Legislativo do Estado do Rio de Janeiro, em iniciativa digna de nota, ao editar a Lei Estadual nº 5.427/09, que estabelece as regras sobre atos e processos administrativos, fez consignar, no art. 38, §3º, que:

Art. 38. Quando deva ser obrigatoriamente ouvido um órgão consultivo, o parecer deverá ser emitido no prazo máximo de trinta dias, salvo norma especial ou comprovada necessidade de prorrogação.

§1º Se um parecer obrigatório e vinculante deixar de ser emitido no prazo fixado, o processo não terá seguimento até a respectiva apresentação, responsabilizando-se quem der causa ao atraso.

§2º Se um parecer obrigatório e não vinculante deixar de ser emitido no prazo fixado, o processo poderá ter prosseguimento e ser decidido com sua dispensa, sem prejuízo da responsabilidade de quem se omitiu no atendimento.

§3º *A divergência de opiniões na atividade consultiva não acarretará a responsabilidade pessoal do agente, ressalvada a hipótese de erro grosseiro ou má-fé.* (grifo do autor)

Portanto, com ressalvas ao entendimento da Egrégia Corte, a responsabilidade pessoal do advogado parecerista não poder ser regra – deve ser exceção, analisada de caso a caso – só sendo reconhecida

quando restar comprovado que o consultor agiu com culpa ou praticou erro grosseiro. Nesse sentido:

Por todos esses aspectos é que não pode, em linha de princípio, responsabilizar o agente parecerista pelas opiniões que expressa no parecer. É verdade que, em alguns casos, tem havido certa tendência a essa responsabilização. Mas o correto é não generalizar e analisar a hipótese de forma pontual.

(...)

Para que a administração ou o interessado possam atribuir responsabilidade ao agente parecerista, caber-lhes-á a demonstração de que houve erro injustificável ou dolo de sua parte. Sem essa demonstração não se presumem semelhantes as situações.

É por essa razão que a escolha dos agentes pareceristas deve obedecer a critério de mérito, devendo basear-se em sua qualidade, verificada por seu conhecimento e pela dedicação à pesquisa e aos estudos em geral. Se a escolha tiver por móvel o favorecimento do agente, o risco de errôneos opinamentos será evidentemente maior.^[8]

Suplantado esse ponto, tem-se ainda como questão controversa o que pode vir a ser considerado como culpa ou erro grosseiro para fins de ensejar a responsabilidade do parecerista. Bastaria, para tanto, um erro na análise dos fatos ou a aplicação de uma corrente jurídica minoritária? Parece que não.

Por se tratar de exceção, a interpretação do quem vem a ser culpa ou erro grosseiro deve ser restrita, sob pena de se transformar em regra a responsabilidade pessoal do parecerista.

Deste modo, tem-se que o simples fato de o parecerista embasar a sua opinião em uma determinada corrente jurídica, que, na opinião do órgão julgador não seja a que melhor se aplica ao caso, não pode ensejar a responsabilidade pessoal.

O que aqui se procura esclarecer é que não pode o órgão julgador adentrar no mérito jurídico do parecer para analisar se naquele caso o advogado se manifestou da melhor forma ou não. Não é cabível uma valoração do mérito jurídico. O advogado público, em face de sua independência funcional, não pode ser punido por meio de um juízo de valoração acerca de sua opinião técnica.

O Tribunal Regional Federal da 1ª Região, analisando o tema, deixou clara a interpretação restrita que deve ser dada para a culpa e para o erro grosseiro:

ADMINISTRATIVO - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA -
AGRAVO DE INSTRUMENTO - EMISSÃO DE PARECER -
NATUREZA OPINATIVA - INEXISTÊNCIA DE CULPA GRAVE OU
DOLO - PARECER DO PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO -
AUSÊNCIA DE RESPONSABILIZAÇÃO DO PARECERISTA -
AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO. 1. O agravante, na
qualidade de Coordenador Jurídico da Superintendência da
Zona Franca de Manaus (SUFRAMA), emitiu parecer
favorável à contratação, sem licitação, de especialista

jurídico privado para subsidiar decisão administrativa, da dirigente da entidade, em sentido contrário à instauração de processo administrativo disciplinar, que apuraria irregularidades funcionais perpetradas pelo agravante e outros Procuradores Federais atuantes na SUFRAMA. 2. Conquanto os julgados do TCU não vinculem o Judiciário, observa-se que, in casu, que o Acórdão 801/2012 - Plenário foi proferido após detida análise de todos os elementos dos autos. 3. A prática de ato administrativo por agente público que tenha causado dano ao erário, ainda que fundamentado em parecer jurídico de consultoria jurídica, não gera como consequência necessária a responsabilidade do profissional da advocacia pública que subscreveu a peça jurídica. *É imprescindível a existência de dolo (conluio com os agentes políticos) ou de culpa grave, revelando que o profissional agiu de má-fé ou foi grosseiramente equivocado ou desinteressado pelo estudo da causa ou do direito, a ponto de não conseguir se escusar do ato ilícito.* 4. A função do Advogado Público (ou assessor jurídico) quando atua em órgão jurídico de consultoria da Administração é de, quando consultado, emitir uma peça (parecer) técnico-jurídica proporcional à realidade dos fatos, respaldada por embasamento legal, não podendo ser alçado à condição de administrador público, quando emana um pensamento jurídico razoável, construído em fatos reais e com o devido

e necessário embasamento legal. 5. Agravo de instrumento a que se dá provimento.

(AG 0003263-55.2012.4.01.0000 / AM, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL MONICA SIFUENTES, TERCEIRA TURMA, e-DJF1 p.577 de 08/03/2013) (grifo do autor)

Assim, tem-se que para a responsabilização pessoal do parecerista, deve-se comprovar que esse agiu com má-fé, que estava em conluio com a parte que se beneficiou do ato, em prejuízo da administração. Ou, ainda, que, no exercício do seu mister, agiu com imperícia e deixou de aplicar norma cogente ou agiu em manifesta contrariedade com dispositivo legal. Não importa, para tanto, se a opinião jurídica foi externada em um parecer “vinculante” ou “não vinculante”.

III – CONCLUSÃO

Diante do exposto, verifica-se que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que, em regra, o advogado parecerista responde de forma pessoal pelas decorrências de um ato administrativo praticado com fulcro em um “parecer vinculante”. Também responderá, excepcionalmente, quando proferir “parecer não vinculante”, se ativer agido com culpa ou erro grosseiro.

Todavia, a melhor doutrina entende que essa jurisprudência deve ser interpretada com restrições, de modo que a responsabilidade só poderá ser imputada ao advogado nos casos em que esse, ao emitir o parecer, “vinculante” ou “não vinculante”, atue com culpa ou incorra em

erro grosseiro. Tal entendimento se dá em virtude da inviolabilidade funcional do advogado público, bem como da sua independência intelectual. Isto porque, conforme exposto, acaso a responsabilização se torne uma regra, o advogado público estará acuado no exercício do seu mister.

Ademais, para essa corrente doutrinária, o conceito de culpa e erro grosseiro também deve ser interpretado com restrições, a fim de se proteger o parecerista para que esse não tenha o mérito de sua opinião avaliado, e venha a responder por que o órgão julgador entendeu que aquela não era a “melhor” solução jurídica aplicável ao caso.

Diante do exposto, pode-se concluir que a razão parece estar com essa corrente doutrinária, que interpreta a responsabilidade pessoal do advogado como uma exceção, permitindo, assim, que o aplicador do direito exerça sua atividade com a independência intelectual que lhe é própria.

IV – REFERÊNCIAS

BRASIL, Constituição da República Federativa Brasileira de 1988.

Disponível em

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

Acesso em: 21 de agosto de 2013.

_____. Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994. Disponível em

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm. Acesso em: 21 de agosto de 2013.

_____. Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp73.htm. Acesso em 22 de agosto de 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. MS 24631, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 09/08/2007. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=506595>. Acesso em: 26 de agosto de 2013.

_____. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. AG 0003263-55.2012.4.01.0000 / AM, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL MONICA SIFUENTES, TERCEIRA TURMA, e-DJF1 p.577 de 08/03/2013. Disponível em <http://jurisprudencia.trf1.jus.br/busca/>. Acesso em: 26 de agosto de 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Processo administrativo federal – Comentários à Lei nº 9.784, de 29.1.1999*. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. *Manual de direito administrativo*. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

HELLY, Lopes Meirelles. *Direito Administrativo Brasileiro*. 37 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Licitações e contratos administrativos*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

RIO DE JANEIRO, Lei Estadual nº 5.427, de 01 de abril de 2009. Disponível em:

<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/CONTLEI.NSF/e9589b9aab9cac8032564fe>

[0065abb4/ef664a70abc57d3f8325758b006d6733?OpenDocument.](http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.53490)

Acesso em 22 de agosto de 2013.

NOTAS:

[1] HELLY, Lopes Meirelles. *Direito Administrativo Brasileiro*. 37 ed. São Paulo: Malheiros, 2011. ps. 154, 197 e 198.

[2] CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Processo administrativo Federal – Comentários à Lei nº 9.784, de 29.1.1999*. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 208/209.

[3] CARVALHO FILHO. *op. cit.*, p. 208/209.

[4] CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 137/138.

[5] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 230.

[6] OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Licitações e contratos administrativos*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013. p. 253.

[7] DI PIETRO. *op. cit.* p. 238.

[8] CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Processo administrativo Federal – Comentários à Lei nº 9.784, de 29.1.1999*. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 208/209.

Conforme a NBR 6023:2000 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico publicado em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma: RAMOS, Breno da Silva. *A (ir)responsabilidade pessoal do advogado parecerista*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 23 maio 2015. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.53490>>. Acesso em: 23 maio 2015.

DA EDIFICAÇÃO DA UNIVERSALIZAÇÃO DO ACESSO AO PATRIMÔNIO CULTURAL: PONDERAÇÕES À LEI Nº 12.343/2010

TAUÃ LIMA VERDAN RANGEL:
Bacharel em Direito, do Centro Universitário São Camilo. Autor de vários artigos na área do Direito Penal, Direito Constitucional, Direito Civil e Direito Ambiental. Mestrando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da UFF. Bolsista CAPES.

Resumo: O objetivo do presente está assentado na análise da edificação da universalização do acesso ao patrimônio cultural à luz Lei nº 12.343, de 02 de dezembro de 2010. Cuida salientar que o meio ambiente cultural é constituído por bens culturais, cuja acepção compreende aqueles que possuem valor histórico, artístico, paisagístico, arqueológico, espeleológico, fossilífero, turístico, científico, refletindo as características de uma determinada sociedade. Ao lado disso, quadra anotar que a cultura identifica as sociedades humanas, sendo formada pela história e maciçamente influenciada pela natureza, como localização geográfica e clima. Com efeito, o meio ambiente cultural decorre de uma intensa interação entre homem e natureza, porquanto aquele constrói o seu meio, e toda sua atividade e percepção são conformadas pela sua cultura. A cultura brasileira é o resultado daquilo que era próprio das populações tradicionais indígenas e das transformações trazidas pelos diversos grupos colonizadores e escravos africanos. Nesta toada, ao se analisar o meio ambiente cultural, enquanto complexo macrossistema, é perceptível que é algo incorpóreo, abstrato, fluído, constituído por bens culturais materiais e imateriais portadores de referência à memória, à ação e à identidade dos distintos grupos formadores da sociedade brasileira. O conceito de patrimônio histórico e artístico nacional abrange todos os bens moveis e imóveis, existentes no

País, cuja conservação seja de interesse público, por sua vinculação a fatos memoráveis da História pátria ou por seu excepcional valor artístico, arqueológico, etnográfico, bibliográfico e ambiental.

Palavras-chaves: Patrimônio Cultural. Universalização do Acesso à Cultura. Tutela Jurídica.

Sumário: 1 Ponderações Introdutórias: Breves notas à construção teórica da Ramificação Ambiental do Direito; 2 Comentários à concepção de Meio Ambiente; 3 Meio Ambiente e Patrimônio Cultural: Aspectos Introdutórios; 4 O Plano Nacional de Cultura em análise: Primeiros Comentários à Lei nº 12.343/2010; 5 Da Edificação da Universalização do Acesso ao Patrimônio Cultural: Ponderações à Lei nº 12.343/2010.

1 Ponderações Introdutórias: Breves notas à construção teórica da Ramificação Ambiental do Direito

Inicialmente, ao se dispensar um exame acerca do tema colocado em tela, patente se faz arrazoar que a Ciência Jurídica, enquanto um conjunto multifacetado de arcabouço doutrinário e técnico, assim como as robustas ramificações que a integram, reclama uma interpretação alicerçada nos plurais aspectos modificadores que passaram a influir em sua estruturação. Neste alar, lançando à tona os aspectos característicos de mutabilidade que passaram a orientar o Direito, tornou-se imperioso salientar, com ênfase, que não mais subsiste uma visão arrimada em preceitos estagnados e estanques, alheios às necessidades e às diversidades sociais que passaram a contornar os Ordenamentos Jurídicos. Ora, infere-se que não mais prospera o arcabouço imutável que outrora sedimentava a aplicação das leis, sendo, em decorrência dos anseios da população, suplantados em uma nova sistemática.

Com espreque em tais premissas, cuida hastear, com bastante pertinência, como flâmula de interpretação o *“prisma de avaliação o brocardo jurídico 'Ubi societas, ibi jus', ou seja, 'Onde está a sociedade, está o Direito', tornando explícita e cristalina a relação de interdependência que esse binômio mantém”*[1]. Destarte, com clareza solar, denota-se que há uma interação

consolidada na mútua dependência, já que o primeiro tem suas balizas fincadas no constante processo de evolução da sociedade, com o fito de que seus Diplomas Legislativos e institutos não fiquem inquinados de inaptidão e arcaísmo, em total descompasso com a realidade vigente. A segunda, por sua vez, apresenta estrutural dependência das regras consolidadas pelo Ordenamento Pátrio, cujo escopo primevo é assegurar que não haja uma vingança privada, afastando, por extensão, qualquer ranço que rememore priscas eras em que o homem valorizava a Lei de Talião (“Olho por olho, dente por dente”), bem como para evitar que se robusteça um cenário caótico no seio da coletividade.

Ademais, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, imprescindível se fez adotá-la como maciço axioma de sustentação do Ordenamento Brasileiro, precipuamente quando se objetiva a amoldagem do texto legal, genérico e abstrato, aos complexos anseios e múltiplas necessidades que influenciam a realidade contemporânea. Ao lado disso, há que se citar o voto magistral voto proferido pelo Ministro Eros Grau, ao apreciar a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº. 46/DF, “*o direito é um organismo vivo, peculiar porém porque não envelhece, nem permanece jovem, pois é contemporâneo à realidade. O direito é um dinamismo. Essa, a sua força, o seu fascínio, a sua beleza*”[2]. Como bem pontuado, o fascínio da Ciência Jurídica jaz, justamente, na constante e imprescindível mutabilidade que apresenta, decorrente do dinamismo que reverbera na sociedade e orienta a aplicação dos Diplomas Legais e os institutos jurídicos neles consagrados.

Ainda neste substrato de exposição, pode-se evidenciar que a concepção pós-positivista que passou a permear o Direito, ofertou, por via de consequência, uma rotunda independência dos estudiosos e profissionais da Ciência Jurídica. Aliás, há que se citar o entendimento de Verdan, “*esta doutrina é o ponto culminante de uma progressiva evolução acerca do valor atribuído aos princípios em face da legislação*”[3]. Destarte, a partir de uma análise profunda dos mencionados sustentáculos, infere-se que o ponto central da corrente pós-positivista cinge-se à valoração da robusta tábua principiológica que Direito e, por

consequente, o arcabouço normativo passando a figurar, nesta tela, como normas de cunho vinculante, flâmulas hasteadas a serem adotadas na aplicação e interpretação do conteúdo das leis, diante das situações concretas.

Nas últimas décadas, o aspecto de mutabilidade tornou-se ainda mais evidente, em especial, quando se analisa a construção de novos que derivam da Ciência Jurídica. Entre estes, cuida destacar a ramificação ambiental, considerando como um ponto de congruência da formação de novos ideários e cânones, motivados, sobretudo, pela premissa de um manancial de novos valores adotados. Nesta trilha de argumentação, de boa técnica se apresenta os ensinamentos de Fernando de Azevedo Alves Brito que, em seu artigo, aduz: *“Com a intensificação, entretanto, do interesse dos estudiosos do Direito pelo assunto, passou-se a desvendar as peculiaridades ambientais, que, por estarem muito mais ligadas às ciências biológicas, até então era marginalizadas”*[4]. Assim, em decorrência da proeminência que os temas ambientais vêm, de maneira paulatina, alcançando, notadamente a partir das últimas discussões internacionais envolvendo a necessidade de um desenvolvimento econômico pautado em sustentabilidade, não é raro que prospere, mormente em razão de novos fatores, um verdadeiro remodelamento ou mesmo uma releitura dos conceitos que abalizam a ramificação ambiental do Direito, com o fito de permitir que ocorra a conservação e recuperação das áreas degradadas, primacialmente as culturais.

Ademais, há de ressaltar ainda que o direito ambiental passou a figurar, especialmente, depois das décadas de 1950 e 1960, como um elemento integrante da farta e sólida tábua de direitos fundamentais. Calha realçar que mais contemporâneos, os direitos que constituem a terceira dimensão recebem a alcunha de direitos de fraternidade ou, ainda, de solidariedade, contemplando, em sua estrutura, uma patente preocupação com o destino da humanidade[5]. Ora, daí se verifica a inclusão de meio ambiente como um direito fundamental, logo, está umbilicalmente atrelado com humanismo e, por extensão, a um ideal de sociedade mais justa e solidária. Nesse sentido, ainda, é plausível citar o artigo 3º., inciso I, da Carta Política de 1988 que abriga em sua redação tais pressupostos como os

princípios fundamentais do Estado Democrático de Direitos: “**Art. 3º - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária**”[6].

Ainda nesta esteira, é possível verificar que a construção dos direitos encampados sob a rubrica de terceira dimensão tende a identificar a existência de valores concernentes a uma determinada categoria de pessoas, consideradas enquanto unidade, não mais prosperando a típica fragmentação individual de seus componentes de maneira isolada, tal como ocorria em momento pretérito. Com o escopo de ilustrar, de maneira pertinente as ponderações vertidas, insta trazer à colação o entendimento do Ministro Celso de Mello, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade N.º. 1.856/RJ, em especial quando destaca:

Cabe assinalar, Senhor Presidente, que os direitos de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos, genericamente, e de modo difuso, a todos os integrantes dos agrupamentos sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem, por isso mesmo, ao lado dos denominados direitos de quarta geração (como o direito ao desenvolvimento e o direito à paz), um momento importante no processo de expansão e reconhecimento dos direitos humanos, qualificados estes, enquanto valores fundamentais indisponíveis, como prerrogativas impregnadas de uma natureza essencialmente inexaurível[7].

Quadra anotar que os direitos alocados sob a rubrica de *direito de terceira dimensão* encontram como assento primordial a visão da espécie humana na condição de coletividade, superando, via de consequência, a tradicional visão que está pautada no ser humano em sua individualidade. Assim, a preocupação identificada está alicerçada em direitos que são coletivos, cujas influências afetam a

todos, de maneira indiscriminada. Ao lado do exposto, cuida mencionar, segundo Bonavides, que tais direitos “*têm primeiro por destinatários o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta*”[8]. Com efeito, os direitos de terceira dimensão, dentre os quais se inclui ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, positivado na Constituição de 1988, emerge com um claro e tangível aspecto de familiaridade, como ápice da evolução e concretização dos direitos fundamentais.

2 Comentários à concepção de Meio Ambiente

Em uma primeira plana, ao lançar mão do sedimentado jurídico-doutrinário apresentado pelo inciso I do artigo 3º da Lei Nº. 6.938, de 31 de agosto de 1981[9], que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências, salienta que o meio ambiente consiste no conjunto e conjunto de condições, leis e influências de ordem química, física e biológica que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas. Pois bem, com o escopo de promover uma facilitação do aspecto conceitual apresentado, é possível verificar que o meio ambiente se assenta em um complexo diálogo de fatores abióticos, provenientes de ordem química e física, e bióticos, consistentes nas plurais e diversificadas formas de seres viventes. Consoante os ensinamentos apresentados por José Afonso da Silva, considera-se meio-ambiente como “*a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas*”[10].

Nesta senda, ainda, Fiorillo[11], ao tecer comentários acerca da aceção conceitual de meio ambiente, coloca em destaque que tal tema se assenta em um ideário jurídico indeterminado, incumbindo, ao intérprete das leis, promover o seu preenchimento. Dada à fluidez do tema, é possível colocar em evidência que o meio ambiente encontra íntima e umbilical relação com os componentes que cercam o ser humano, os quais são de imprescindível relevância para a sua existência. O Ministro Luiz Fux, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº. 4.029/AM, salientou, com bastante pertinência, que:

(...) o meio ambiente é um conceito hoje geminado com o de saúde pública, saúde de cada indivíduo, sadia qualidade de vida, diz a Constituição, é por isso que estou falando de saúde, e hoje todos nós sabemos que ele é imbricado, é conceitualmente geminado com o próprio desenvolvimento. Se antes nós dizíamos que o meio ambiente é compatível com o desenvolvimento, hoje nós dizemos, a partir da Constituição, tecnicamente, que não pode haver desenvolvimento senão com o meio ambiente ecologicamente equilibrado. A gemação do conceito me parece de rigor técnico, porque salta da própria Constituição Federal[12].

É denotável, desta sorte, que a constitucionalização do meio ambiente no Brasil viabilizou um verdadeiro salto qualitativo, no que concerne, especificamente, às normas de proteção ambiental. Tal fato decorre da premissa que os robustos corolários e princípios norteadores foram alçados ao patamar constitucional, assumindo colocação eminente, ao lado das liberdades públicas e dos direitos fundamentais. Superadas tais premissas, aprouve ao Constituinte, ao entalhar a Carta Política Brasileira, ressoando os valores provenientes dos direitos de terceira dimensão, insculpir na redação do artigo 225, conceder amplo e robusto respaldo ao meio ambiente como pilar integrante dos direitos fundamentais. “*Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, as normas de proteção ambiental são alçadas à categoria de normas constitucionais, com elaboração de capítulo especialmente dedicado à proteção do meio ambiente*”[13]. Nesta toada, ainda, é observável que o *caput* do artigo 225 da Constituição Federal de 1988[14] está abalizado em quatro pilares distintos, robustos e singulares que, em conjunto, dão corpo a toda tábua ideológica e teórica que assegura o substrato de edificação da ramificação ambiental.

Primeiramente, em decorrência do tratamento dispensado pelo artífice da Constituição Federal, o meio ambiente foi içado à condição de direito de todos,

presentes e futuras gerações. É encarado como algo pertencente a toda coletividade, assim, por esse prisma, não se admite o emprego de qualquer distinção entre brasileiro nato, naturalizado ou estrangeiro, destacando-se, sim, a necessidade de preservação, conservação e não-poluição. O artigo 225, devido ao cunho de direito difuso que possui, extrapola os limites territoriais do Estado Brasileiro, não ficando centrado, apenas, na extensão nacional, compreendendo toda a humanidade. Neste sentido, o Ministro Celso de Mello, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade N° 1.856/RJ, destacou que:

A preocupação com o meio ambiente - que hoje transcende o plano das presentes gerações, para também atuar em favor das gerações futuras (...) tem constituído, por isso mesmo, objeto de regulações normativas e de proclamações jurídicas, que, ultrapassando a província meramente doméstica do direito nacional de cada Estado soberano, projetam-se no plano das declarações internacionais, que refletem, em sua expressão concreta, o compromisso das Nações com o indeclinável respeito a esse direito fundamental que assiste a toda a Humanidade[15].

O termo “todos”, aludido na redação do *caput* do artigo 225 da Constituição Federal de 1988, faz menção aos já nascidos (presente geração) e ainda aqueles que estão por nascer (futura geração), cabendo àqueles zelar para que esses tenham à sua disposição, no mínimo, os recursos naturais que hoje existem. Tal fato encontra como arrimo a premissa que foi reconhecido ao gênero humano o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao gozo de condições de vida adequada, em ambiente que permita desenvolver todas as suas potencialidades em clima de dignidade e bem-estar. Pode-se considerar como um direito transgeracional, ou seja, ultrapassa as gerações, logo, é viável afirmar que o meio ambiente é um direito público subjetivo. Desta feita, o ideário de que o meio ambiente substancializa patrimônio público a ser imperiosamente assegurado e protegido pelos organismos sociais e pelas instituições estatais, qualificando

verdadeiro encargo irrenunciável que se impõe, objetivando sempre o benefício das presentes e das futuras gerações, incumbindo tanto ao Poder Público quanto à coletividade considerada em si mesma.

Assim, decorrente de tal fato, produz efeito *erga omnes*, sendo, portanto, oponível contra a todos, incluindo pessoa física/natural ou jurídica, de direito público interno ou externo, ou mesmo de direito privado, como também ente estatal, autarquia, fundação ou sociedade de economia mista. Impera, também, evidenciar que, como um direito difuso, não subsiste a possibilidade de quantificar quantas são as pessoas atingidas, pois a poluição não afeta tão só a população local, mas sim toda a humanidade, pois a coletividade é indeterminada. Nesta senda, o direito à interidade do meio ambiente substancializa verdadeira prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, ressoando a expressão robusta de um poder deferido, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas num sentido mais amplo, atribuído à própria coletividade social.

Com a nova sistemática entabulada pela redação do artigo 225 da Carta Maior, o meio-ambiente passou a ter autonomia, tal seja não está vinculada a lesões perpetradas contra o ser humano para se agasalhar das reprimendas a serem utilizadas em relação ao ato perpetrado. Figura-se, *ergo*, como bem de uso comum do povo o segundo pilar que dá corpo aos sustentáculos do tema em tela. O axioma a ser esmiuçado, está atrelado o meio-ambiente como vetor da sadia qualidade de vida, ou seja, manifesta-se na salubridade, precipuamente, ao vincular a espécie humana está se tratando do bem-estar e condições mínimas de existência. Igualmente, o sustentáculo em análise se corporifica também na higidez, ao cumprir os preceitos de ecologicamente equilibrado, salvaguardando a vida em todas as suas formas (diversidade de espécies).

Por derradeiro, o quarto pilar é a corresponsabilidade, que impõe ao Poder Público o dever geral de se responsabilizar por todos os elementos que integram o meio ambiente, assim como a condição positiva de atuar em prol de resguardar. Igualmente, tem a obrigação de atuar no sentido de zelar, defender e preservar, asseverando que o meio-ambiente permaneça intacto. Aliás, este último

se diferencia de conservar que permite a ação antrópica, viabilizando melhorias no meio ambiente, trabalhando com as premissas de desenvolvimento sustentável, aliando progresso e conservação. Por seu turno, o cidadão tem o dever negativo, que se apresenta ao não poluir nem agredir o meio-ambiente com sua ação. Além disso, em razão da referida corresponsabilidade, são titulares do meio ambiente os cidadãos da presente e da futura geração.

3 Meio Ambiente e Patrimônio Cultural: Aspectos Introdutórios

Quadra salientar que o meio ambiente cultural é constituído por bens culturais, cuja acepção compreende aqueles que possuem valor histórico, artístico, paisagístico, arqueológico, espeleológico, fossilífero, turístico, científico, refletindo as características de uma determinada sociedade. Ao lado disso, quadra anotar que a cultura identifica as sociedades humanas, sendo formada pela história e maciçamente influenciada pela natureza, como localização geográfica e clima. Com efeito, o meio ambiente cultural decorre de uma intensa interação entre homem e natureza, porquanto aquele constrói o seu meio, e toda sua atividade e percepção são conformadas pela sua cultura. “*A cultura brasileira é o resultado daquilo que era próprio das populações tradicionais indígenas e das transformações trazidas pelos diversos grupos colonizadores e escravos africanos*”[16]. Desta maneira, a proteção do patrimônio cultural se revela como instrumento robusto da sobrevivência da própria sociedade.

Nesta toada, ao se analisar o meio ambiente cultural, enquanto complexo macrossistema, é perceptível que é algo incorpóreo, abstrato, fluído, constituído por bens culturais materiais e imateriais portadores de referência à memória, à ação e à identidade dos distintos grupos formadores da sociedade brasileira. Meirelles anota que “*o conceito de patrimônio histórico e artístico nacional abrange todos os bens moveis e imóveis, existentes no País, cuja conservação seja de interesse público, por sua vinculação a fatos memoráveis da História pátria ou por seu excepcional valor artístico, arqueológico, etnográfico, bibliográfico e ambiental*”[17]. Quadra anotar que os bens compreendidos pelo

patrimônio cultural compreendem tanto realizações antrópicas como obras da Natureza; preciosidades do passado e obras contemporâneas.

Nesta esteira, é possível subclassificar o meio ambiente cultural em duas espécies distintas, quais sejam: uma concreta e outra abstrata. Neste passo, o meio-ambiente cultural concreto, também denominado material, se revela materializado quando está transfigurado em um objeto classificado como elemento integrante do meio-ambiente humano. Assim, é possível citar os prédios, as construções, os monumentos arquitetônicos, as estações, os museus e os parques, que albergam em si a qualidade de ponto turístico, artístico, paisagístico, arquitetônico ou histórico. Os exemplos citados alhures, em razão de todos os predicados que ostentam, são denominados de meio-ambiente cultural concreto. Acerca do tema em comento, é possível citar o robusto entendimento jurisprudencial firmado pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar, ao apreciar o Recurso Especial N° 115.599/RS:

Ementa: Meio Ambiente. Patrimônio cultural. Destruição de dunas em sítios arqueológicos. Responsabilidade civil. Indenização. O autor da destruição de dunas que encobriam sítios arqueológicos deve indenizar pelos prejuízos causados ao meio ambiente, especificamente ao meio ambiente natural (dunas) e ao meio ambiente cultural (jazidas arqueológicas com cerâmica indígena da Fase Vieira). Recurso conhecido em parte e provido. (Superior Tribunal de Justiça – Quarta Turma/ REsp 115.599/RS/ Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar/ Julgado em 27.06.2002/ Publicado no Diário da Justiça em 02.09.2002, p. 192).

Diz-se, de outro modo, o meio-ambiente cultural abstrato, chamado, ainda, de imaterial, quando este não se apresenta materializado no meio-ambiente humano, sendo, deste modo, considerado como a cultura de um povo ou mesmo de uma determinada comunidade. Da mesma maneira, são alcançados por tal acepção

a língua e suas variações regionais, os costumes, os modos e como as pessoas relacionam-se, as produções acadêmicas, literárias e científicas, as manifestações decorrentes de cada identidade nacional e/ou regional. Neste sentido, é possível colacionar o entendimento firmado pelo Tribunal Regional Federal da Segunda Região, quando, ao apreciar a Apelação Cível N° 2005251015239518, firmou entendimento que “*expressões tradicionais e termos de uso corrente, trivial e disseminado, reproduzidos em dicionários, integram o patrimônio cultural de um povo*”[18]. Esses aspectos constituem, sem distinção, abstratamente o meio-ambiente cultural. Consoante aponta Brollo, “*o patrimônio cultural imaterial transmite-se de geração a geração e é constantemente recriado pelas comunidades e grupos em função de seu ambiente*”[19], decorrendo, com destaque, da interação com a natureza e dos acontecimentos históricos que permeiam a população.

O Decreto N°. 3.551, de 04 de Agosto de 2000[20], que institui o registro de bens culturais de natureza imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro, cria o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial e dá outras providências, consiste em instrumento efetivo para a preservação dos bens imateriais que integram o meio-ambiente cultural. Como bem aponta Brollo[21], em seu magistério, o aludido decreto não instituiu apenas o registro de bens culturais de natureza imaterial que integram o patrimônio cultural brasileiro, mas também estruturou uma política de inventariança, referenciamento e valorização desse patrimônio. Ejeta-se, segundo o entendimento firmado por Celso Fiorillo[22], que os bens que constituem o denominado patrimônio cultural consistem na materialização da história de um povo, de todo o caminho de sua formação e reafirmação de seus valores culturais, os quais têm o condão de substancializar a identidade e a cidadania dos indivíduos insertos em uma determinada comunidade. Necessário se faz salientar que o meio-ambiente cultural, conquanto seja artificial, difere-se do meio-ambiente humano em razão do aspecto cultural que o caracteriza, sendo dotado de valor especial, notadamente em decorrência de produzir um sentimento de identidade no grupo em que se encontra inserido, bem como é

propiciada a constante evolução fomentada pela atenção à diversidade e à criatividade humana.

4 O Plano Nacional de Cultura em análise: Primeiros Comentários à Lei nº 12.343/2010

Em um primeiro momento, cuida assinalar que o Plano Nacional de Cultura reflete os ideários axiológicos encerrados no artigo 215, §3º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988[23], sendo norteado pelos seguintes preceitos: (i) liberdade de expressão, criação e fruição; (ii) diversidade cultural; (iii) respeito aos direitos humanos; (iv) direito de todos à arte e à cultura; (v) direito à informação, à comunicação e à crítica cultural; (vi) direito à memória e às tradições; (vii) responsabilidade socioambiental; (viii) valorização da cultura como vetor do desenvolvimento sustentável; (ix) democratização das instâncias de formulação das políticas culturais; (x) responsabilidade dos agentes públicos pela implementação das políticas culturais; (xi) colaboração entre agentes públicos e privados para o desenvolvimento da economia da cultura; (xii) participação e controle social na formulação e acompanhamento das políticas culturais. Igualmente, a Lei nº 12.343, de 02 de Dezembro de 2010[24], que institui o Plano Nacional de Cultura – PNC, cria o Sistema Nacional de Informações e Indicadores Culturais – SNIIC e dá outras providências, em seu artigo 2º, estabelece que são objetivos: (i) reconhecer e valorizar a diversidade cultural, étnica e regional brasileira; (ii) proteger e promover o patrimônio histórico e artístico, material e imaterial; (iii) valorizar e difundir as criações artísticas e os bens culturais; (iv) promover o direito à memória por meio dos museus, arquivos e coleções; (v) universalizar o acesso à arte e à cultura; (vi) estimular a presença da arte e da cultura no ambiente educacional; (vii) estimular o pensamento crítico e reflexivo em torno dos valores simbólicos; (viii) estimular a sustentabilidade socioambiental; (ix) desenvolver a economia da cultura, o mercado interno, o consumo cultural e a exportação de bens, serviços e conteúdos culturais; (x) reconhecer os saberes, conhecimentos e expressões tradicionais e os direitos de seus detentores; (xi) qualificar a gestão na área cultural nos setores público e

privado; (xii) profissionalizar e especializar os agentes e gestores culturais; (xiii) descentralizar a implementação das políticas públicas de cultura; (xiv) consolidar processos de consulta e participação da sociedade na formulação das políticas culturais; (xv) ampliar a presença e o intercâmbio da cultura brasileira no mundo contemporâneo; (xvi) articular e integrar sistemas de gestão cultural.

O Plano Nacional de Cultura, ainda, estabelece uma série de atribuições do Poder Público no que concerne à tutela da cultura, assentando, em seu artigo 3º, com clareza ofuscante, que compete àquele: (i) formular políticas públicas e programas que conduzam à efetivação dos objetivos, diretrizes e metas do Plano; (ii) garantir a avaliação e a mensuração do desempenho do Plano Nacional de Cultura e assegurar sua efetivação pelos órgãos responsáveis; (iii) fomentar a cultura de forma ampla, por meio da promoção e difusão, da realização de editais e seleções públicas para o estímulo a projetos e processos culturais, da concessão de apoio financeiro e fiscal aos agentes culturais, da adoção de subsídios econômicos, da implantação regulada de fundos públicos e privados, entre outros incentivos, nos termos da lei; (iv) proteger e promover a diversidade cultural, a criação artística e suas manifestações e as expressões culturais, individuais ou coletivas, de todos os grupos étnicos e suas derivações sociais, reconhecendo a abrangência da noção de cultura em todo o território nacional e garantindo a multiplicidade de seus valores e formações; (v) promover e estimular o acesso à produção e ao empreendimento cultural; a circulação e o intercâmbio de bens, serviços e conteúdos culturais; e o contato e a fruição do público com a arte e a cultura de forma universal; (vi) garantir a preservação do patrimônio cultural brasileiro, resguardando os bens de natureza material e imaterial, os documentos históricos, acervos e coleções, as formações urbanas e rurais, as línguas e cosmologias indígenas, os sítios arqueológicos pré-históricos e as obras de arte, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência aos valores, identidades, ações e memórias dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira.

Igualmente, incumbe, ainda, ao Poder Público: (i) articular as políticas públicas de cultura e promover a organização de redes e consórcios para a sua

implantação, de forma integrada com as políticas públicas de educação, comunicação, ciência e tecnologia, direitos humanos, meio ambiente, turismo, planejamento urbano e cidades, desenvolvimento econômico e social, indústria e comércio, relações exteriores, dentre outras; (ii) dinamizar as políticas de intercâmbio e a difusão da cultura brasileira no exterior, promovendo bens culturais e criações artísticas brasileiras no ambiente internacional; dar suporte à presença desses produtos nos mercados de interesse econômico e geopolítico do País; (iii) organizar instâncias consultivas e de participação da sociedade para contribuir na formulação e debater estratégias de execução das políticas públicas de cultura; (x) regular o mercado interno, estimulando os produtos culturais brasileiros com o objetivo de reduzir desigualdades sociais e regionais, profissionalizando os agentes culturais, formalizando o mercado e qualificando as relações de trabalho na cultura, consolidando e ampliando os níveis de emprego e renda, fortalecendo redes de colaboração, valorizando empreendimentos de economia solidária e controlando abusos de poder econômico; (xi) coordenar o processo de elaboração de planos setoriais para as diferentes áreas artísticas, respeitando seus desdobramentos e segmentações, e também para os demais campos de manifestação simbólica identificados entre as diversas expressões culturais e que reivindiquem a sua estruturação nacional; (xii) incentivar a adesão de organizações e instituições do setor privado e entidades da sociedade civil às diretrizes e metas do Plano Nacional de Cultura por meio de ações próprias, parcerias, participação em programas e integração ao Sistema Nacional de Informações e Indicadores Culturais - SNIIC.

Ao lado disso, o artigo 3º^[25] comina que o Sistema Nacional de Cultura - SNC, criado por lei específica, será o principal articulador federativo do PNC, estabelecendo mecanismos de gestão compartilhada entre os entes federados e a sociedade civil. A vinculação dos Estados, Distrito Federal e Municípios às diretrizes e metas do Plano Nacional de Cultura far-se-á por meio de termo de adesão voluntária, na forma do regulamento. Ademais, os entes da Federação que aderirem ao Plano Nacional de Cultura deverão elaborar os seus planos decenais até 1 (um) ano após a assinatura do termo de adesão voluntária. O Poder Executivo

federal, observados os limites orçamentários e operacionais, poderá oferecer assistência técnica e financeira aos entes da federação que aderirem ao Plano, nos termos de regulamento. Segundo o texto legal, poderão colaborar com o Plano Nacional de Cultura, em caráter voluntário, outros entes, públicos e privados, tais como empresas, organizações corporativas e sindicais, organizações da sociedade civil, fundações, pessoas físicas e jurídicas que se mobilizem para a garantia dos princípios, objetivos, diretrizes e metas do PNC, estabelecendo termos de adesão específicos. Por derradeiro, o artigo supramencionado estabelece que o Ministério da Cultura exercerá a função de coordenação executiva do Plano Nacional de Cultura - PNC, conforme esta Lei, ficando responsável pela organização de suas instâncias, pelos termos de adesão, pela implantação do Sistema Nacional de Informações e Indicadores Culturais - SNIIC, pelo estabelecimento de metas, pelos regimentos e demais especificações necessárias à sua implantação.

O Plano Nacional de Cultura estabelece, ao versar acerca do Sistema de Monitoramento e Avaliação, que compete ao Ministério da Cultura monitorar e avaliar periodicamente o alcance das diretrizes e eficácia das metas do Plano Nacional de Cultura com base em indicadores nacionais, regionais e locais que quantifiquem a oferta e a demanda por bens, serviços e conteúdos, os níveis de trabalho, renda e acesso da cultura, de institucionalização e gestão cultural, de desenvolvimento econômico-cultural e de implantação sustentável de equipamentos culturais. Neste aspecto, ainda, o processo de monitoramento e avaliação do PNC contará com a participação do Conselho Nacional de Política Cultural, tendo o apoio de especialistas, técnicos e agentes culturais, de institutos de pesquisa, de universidades, de instituições culturais, de organizações e redes socioculturais, além do apoio de outros órgãos colegiados de caráter consultivo, na forma do regulamento. Por sua vez, o Sistema Nacional de Informações e Indicadores Culturais - SNIIC, instituído pelo artigo 9º[26], é dotado dos seguintes objetivos: (i) coletar, sistematizar e interpretar dados, fornecer metodologias e estabelecer parâmetros à mensuração da atividade do campo cultural e das necessidades sociais por cultura, que permitam a formulação, monitoramento,

gestão e avaliação das políticas públicas de cultura e das políticas culturais em geral, verificando e racionalizando a implementação do PNC e sua revisão nos prazos previstos; (ii) disponibilizar estatísticas, indicadores e outras informações relevantes para a caracterização da demanda e oferta de bens culturais, para a construção de modelos de economia e sustentabilidade da cultura, para a adoção de mecanismos de indução e regulação da atividade econômica no campo cultural, dando apoio aos gestores culturais públicos e privados; (iii) exercer e facilitar o monitoramento e avaliação das políticas públicas de cultura e das políticas culturais em geral, assegurando ao poder público e à sociedade civil o acompanhamento do desempenho do PNC.

Por fim, o Sistema Nacional de Informações e Indicadores Culturais - SNIIC terá as seguintes características: (i) obrigatoriedade da inserção e atualização permanente de dados pela União e pelos Estados, Distrito Federal e Municípios que vierem a aderir ao Plano; (ii) caráter declaratório; (iii) processos informatizados de declaração, armazenamento e extração de dados; (iv) ampla publicidade e transparência para as informações declaradas e sistematizadas, preferencialmente em meios digitais, atualizados tecnologicamente e disponíveis na rede mundial de computadores. O declarante será responsável pela inserção de dados no programa de declaração e pela veracidade das informações inseridas na base de dados. As informações coletadas serão processadas de forma sistêmica e objetiva e deverão integrar o processo de monitoramento e avaliação do PNC. O Ministério da Cultura poderá promover parcerias e convênios com instituições especializadas na área de economia da cultura, de pesquisas socioeconômicas e demográficas para a constituição do Sistema Nacional de Informações e Indicadores Culturais - SNIIC.

5 Da Edificação da Universalização do Acesso ao Patrimônio Cultural: Ponderações à Lei nº 12.343/2010

O acesso à arte e à cultura, à memória e ao conhecimento é um direito constitucional e condição fundamental para o exercício pleno da cidadania e para a formação da subjetividade e dos valores sociais. É necessário, para tanto, ultrapassar o estado de carência e falta de contato com os bens simbólicos e

conteúdos culturais que as acentuadas desigualdades socioeconômicas produziram nas cidades brasileiras, nos meios rurais e nos demais territórios em que vivem as populações. Igualmente, é carecido ampliar o horizonte de contato de nossa população com os bens simbólicos e os valores culturais do passado e do presente, diversificando as fontes de informação. Isso requer a qualificação dos ambientes e equipamentos culturais em patamares contemporâneos, aumento e diversificação da oferta de programações e exposições, atualização das fontes e canais de conexão com os produtos culturais e a ampliação das opções de consumo cultural doméstico. Faz-se premente, assim, diversificar a ação do Estado, gerando suporte aos produtores das diversas manifestações criativas e expressões simbólicas, alargando as possibilidades de experimentação e criação estética, inovação e resultado. Isso pressupõe novas conexões, formas de cooperação e relação institucional entre artistas, criadores, mestres, produtores, gestores culturais, organizações sociais e instituições locais. Por derradeiro, na busca da universalização do acesso ao patrimônio cultural, Estado e sociedade devem pactuar esforços para garantir as condições necessárias à realização dos ciclos que constituem os fenômenos culturais, fazendo com que sejam disponibilizados para quem os demanda e necessita.

Entre as estratégias e ações para a universalização do acesso ao patrimônio cultural, pode-se estabelecer, como objetivo geral, ampliar e diversificar as ações de formação e fidelização de público, a fim de qualificar o contato com e a fruição das artes e das culturas, brasileiras e internacionais e aproximar as esferas de recepção pública e social das criações artísticas e expressões culturais. A título de objetivos específicos: (i) promover o financiamento de políticas de formação de público, para permitir a disponibilização de repertórios, de acervos, de documentos e de obras de referência, incentivando projetos e ações; (ii) criar programas e subsídios para a ampliação de oferta e redução de preços estimulando acesso aos produtos, bens e serviços culturais, incorporando novas tecnologias da informação e da comunicação nessas estratégias; (iii) estimular as associações de amigos, clubes, associações, sociedades e outras formas comunitárias que potencializem o

acesso a bens e serviços em equipamentos culturais (iv) identificar e divulgar, por meio de seleções, prêmios e outras formas de incentivo, iniciativas de formação, desenvolvimento de arte educação e qualificação da fruição cultural; (v) ampliar o acesso à fruição cultural, por meio de programas voltados a crianças, jovens, idosos e pessoas com deficiência, articulando iniciativas como a oferta de transporte, descontos e ingressos gratuitos, ações educativas e visitas a equipamentos culturais; (vi) implantar, em parceria com as empresas empregadoras, programas de acesso à cultura para o trabalhador brasileiro, que permitam a expansão do consumo e o estímulo à formalização do mercado de bens, serviços e conteúdos culturais.

São, ainda, objetivos específicos: (vii) promover a integração entre espaços educacionais, esportivos, praças e parques de lazer e culturais, com o objetivo de aprimorar as políticas de formação de público, especialmente na infância e juventude; (viii) estimular e fomentar a instalação, a manutenção e a atualização de equipamentos culturais em espaços de livre acesso, dotando-os de ambientes atrativos e de dispositivos técnicos e tecnológicos adequados à produção, difusão, preservação e intercâmbio artístico e cultural, especialmente em áreas ainda desatendidas e com problemas de sustentação econômica; (ix) garantir que os equipamentos culturais ofereçam infraestrutura, arquitetura, design, equipamentos, programação, acervos e atividades culturais qualificados e adequados às expectativas de acesso, de contato e de fruição do público, garantindo a especificidade de pessoas com necessidades especiais; (x) estabelecer e fomentar programas de amparo e apoio à manutenção e gestão em rede de equipamentos culturais, potencializando investimento e garantindo padrões de qualidade; (xi) instalar espaços de exibição audiovisual nos centros culturais, educativos e comunitários de todo o País, especialmente aqueles localizados em áreas de vulnerabilidade social ou de baixos índices de acesso à cultura, disponibilizando aparelhos multimídia e digitais e promovendo a expansão dos circuitos de exibição; (xii) reabilitar os teatros, praças, centros comunitários, bibliotecas, cineclubes e cinemas de bairro, criando programas estaduais e municipais de circulação de produtos, circuitos de exibição cinematográfica, eventos culturais e demais

programações; (xiii) mapear espaços ociosos, patrimônio público e imóveis da União, criando programas para apoiar e estimular o seu uso para a realização de manifestações artísticas e culturais, espaços de ateliês, plataformas criativas e núcleos de produção independente.

Por derradeiro, são, ainda, objetivos específicos: (xiv) fomentar unidades móveis com infraestrutura adequada à criação e à apresentação artística, oferta de bens e produtos culturais, atendendo às comunidades de todas as regiões brasileiras, especialmente de regiões rurais ou remotas dos centros urbanos; (xv) estabelecer critérios técnicos para a construção e reforma de equipamentos culturais, bibliotecas, praças, assim como outros espaços públicos culturais, dando ênfase à criação arquitetônica e ao design, estimulando a criação de profissionais brasileiros e estrangeiros de valor internacional; (xvi) implantar, ampliar e atualizar espaços multimídia em instituições e equipamentos culturais, conectando-os em rede para ampliar a experimentação, criação, fruição e difusão da cultura por meio da tecnologia digital, democratizando as capacidades técnicas de produção, os dispositivos de consumo e a recepção das obras e trabalhos, principalmente aqueles desenvolvidos em suportes digitais; (xvii) implementar uma política nacional de digitalização e atualização tecnológica de laboratórios de produção, conservação, restauro e reprodução de obras artísticas, documentos e acervos culturais mantidos em museus, bibliotecas e arquivos, integrando seus bancos de conteúdos e recursos tecnológicos; (xviii) garantir a implantação e manutenção de bibliotecas em todos os Municípios brasileiros como espaço fundamental de informação, de memória literária, da língua e do design gráfico, de formação e educação, de lazer e fruição cultural, expandindo, atualizando e diversificando a rede de bibliotecas públicas e comunitárias e abastecendo-as com os acervos mínimos recomendados pela Unesco, acrescidos de integração digital e disponibilização de sites de referência; (xix) estimular a criação de centros de referência e comunitários voltados às culturas populares, ao artesanato, às técnicas e aos saberes tradicionais com a finalidade de registro e transmissão da memória, desenvolvimento de pesquisas e valorização das tradições locais; (xx) estabelecer parcerias entre o poder público,

escritórios de arquitetura e design, técnicos e especialistas, artistas, críticos e curadores, produtores e empresários para a manutenção de equipamentos culturais que abriguem a produção contemporânea e reflitam sobre ela, motivando a pesquisa contínua de linguagens e interações destas com outros campos das expressões culturais brasileiras; e (xxi) fomentar a implantação, manutenção e qualificação dos museus nos Municípios brasileiros, com o intuito de preservar e difundir o patrimônio cultural, promover a fruição artística e democratizar o acesso, dando destaque à memória das comunidades e localidades.

Figura, ainda, como estratégia, o estabelecimento de redes de equipamentos culturais geridos pelo poder público, pela iniciativa privada, pelas comunidades ou por artistas e grupos culturais, de forma a propiciar maior acesso e o compartilhamento de programações, experiências, informações e acervos. Para tanto, é necessário: (i) estimular a formação de redes de equipamentos públicos e privados conforme os perfis culturais e vocações institucionais, promovendo programações diferenciadas para gerações distintas, principalmente as dedicadas às crianças e aos jovens; e (ii) atualizar e ampliar a rede de centros técnicos de produção e finalização de produtos culturais, aumentando suas capacidades de operação e atendimento, promovendo a articulação com redes de distribuição de obras, sejam as desenvolvidas em suportes tradicionais, sejam as multimídias, audiovisuais, digitais e desenvolvidas por meio de novas tecnologias. É computado, também, como estratégia para a universalização do acesso à cultura a organização, em rede, da infraestrutura de arquivos, bibliotecas, museus e outros centros de documentação, atualizando os conceitos e os modelos de promoção cultural, gestão técnica profissional e atendimento ao público, reciclando a formação e a estrutura institucional, ampliando o emprego de recursos humanos inovadores, de tecnologias e de modelos de sustentabilidade econômica, efetivando a constituição de uma rede nacional que dinamize esses equipamentos públicos e privados.

Ademais, para que haja a concreção do sobredito escopo, é imprescindível: (i) instituir programas em parceria com a iniciativa privada e organizações civis para a ampliação da circulação de bens culturais brasileiros e

abertura de canais de prospecção e visibilidade para a produção jovem e independente, disponibilizando-a publicamente por meio da captação e transmissão de conteúdos em rede, dando acesso público digital aos usuários e consumidores; (ii) garantir a criação, manutenção e expansão da rede de universidades públicas, desenvolvendo políticas públicas e a articulação com as pró-reitorias de cultura e extensão, para os equipamentos culturais universitários, os laboratórios de criação artística e experimentação tecnológica, os cursos e carreiras que formam criadores e interagem com o campo cultural e artístico, principalmente nas universidades públicas e centros de formação técnica e profissionalizante; (iii) desenvolver redes e financiar programas de incorporação de design, tecnologias construtivas e de materiais, inovação e sustentabilidade para a qualificação dos equipamentos culturais brasileiros, permitindo construir espaços de referência que disponibilizem objetos projetados por criadores brasileiros históricos. Qualificar em rede as livrarias e os cafés presentes nesses equipamentos, ampliando a relação do público com as soluções ergonômicas e técnicas desenvolvidas no País pelo design.

Referência:

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21 ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros Ltda., 2007.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 12 mar. 2015.

_____. **Decreto N° 3.551, de 04 de Agosto de 2000**. Institui o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro, cria o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 12 mar. 2015.

_____. **Decreto-Lei N° 25, de 30 de novembro de 1937**. Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 12 mar. 2015.

_____. **Lei N°. 6.938, de 31 de Agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e

dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 12 mar. 2015.

_____. **Lei nº 12.343, de 02 de Dezembro de 2010.** Institui o Plano Nacional de Cultura – PNC, cria o Sistema Nacional de Informações e Indicadores Culturais – SNIIC e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 12 mar. 2015.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 12 mar. 2015.

_____. **Tribunal Regional Federal da Segunda Região.** Disponível em: <www.trf2.jus.br>. Acesso em 12 mar. 2015.

BRITO, Fernando de Azevedo Alves. A hodierna classificação do meio-ambiente, o seu remodelamento e a problemática sobre a existência ou a inexistência das classes do meio-ambiente do trabalho e do meio-ambiente misto. **Boletim Jurídico**, Uberaba, a. 5, n. 968. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br>>. Acesso em 12 mar. 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 24 ed, rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro.** 13 ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 38 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012.

MINAS GERAIS (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.** Disponível em: <www.tjmg.jus.br>. Acesso em 12 mar. 2015.

MOTTA, Sylvio; DOUGLAS, Willian. **Direito Constitucional – Teoria, Jurisprudência e 1.000 Questões** 15 ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2004.

RIO GRANDE DO SUL (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.** Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em 12 mar. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental: Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

THOMÉ, Romeu. **Manual de Direito Ambiental: Conforme o Novo Código Florestal e a Lei Complementar 140/2011**. 2 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012.

VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br>>. Acesso em 12 mar. 2015.

NOTAS:

[1] VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br>>. Acesso em 12 mar. 2015, s.p.

[2] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental N°. 46/DF. Empresa Pública de Correios e Telégrafos. Privilégio de Entrega de Correspondências. Serviço Postal. Controvérsia referente à Lei Federal 6.538, de 22 de Junho de 1978. Ato Normativo que regula direitos e obrigações concernentes ao Serviço Postal. Previsão de Sanções nas Hipóteses de Violação do Privilégio Postal. Compatibilidade com o Sistema Constitucional Vigente. Alegação de afronta ao disposto nos artigos 1º, inciso IV; 5º, inciso XIII, 170, caput, inciso IV e parágrafo único, e 173 da Constituição do Brasil. Violação dos Princípios da Livre Concorrência e Livre Iniciativa. Não Caracterização. Arguição Julgada Improcedente. Interpretação conforme à Constituição conferida ao artigo 42 da Lei N. 6.538, que estabelece sanção, se configurada a violação do privilégio postal da União. Aplicação às atividades postais descritas no artigo 9º, da lei. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marcos Aurélio. Julgado em 05 ag. 2009. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 12 mar. 2015.

[3] VERDAN, 2009, s.p.

[4] BRITO, Fernando de Azevedo Alves. A hodierna classificação do meio-ambiente, o seu remodelamento e a problemática sobre a existência ou a inexistência das classes do meio-ambiente do trabalho e do meio-ambiente misto. **Boletim Jurídico**, Uberaba, ano 5, n. 968. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br>>. Acesso em 12 mar. 2015.

[5] MOTTA, Sylvio; DOUGLAS, Willian. **Direito Constitucional – Teoria, Jurisprudência e 1.000 Questões** 15 ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2004, p. 69.

[6] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 12 mar. 2015.

[7] *Idem*. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 1.856/RJ. Ação Direta De Inconstitucionalidade - Briga de galos (Lei Fluminense Nº 2.895/98) - Legislação Estadual que, pertinente a exposições e a competições entre aves das raças combatentes, favorece essa prática criminosa - Diploma Legislativo que estimula o cometimento de atos de crueldade contra galos de briga - Crime Ambiental (Lei Nº 9.605/98, ART. 32) - Meio Ambiente - Direito à preservação de sua integridade (CF, Art. 225) - Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade - Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade - Proteção constitucional da fauna (CF, Art. 225, § 1º, VII) - Descaracterização da briga de galo como manifestação cultural - Reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei Estadual impugnada - Ação Direta procedente. Legislação Estadual que autoriza a realização de exposições e competições entre aves das raças combatentes - Norma que institucionaliza a prática de crueldade contra a fauna – Inconstitucionalidade. . Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 26 mai. 2011. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 12 mar. 2015.

[8] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21 ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros Ltda., 2007, p. 569.

[9] BRASIL. **Lei Nº. 6.938, de 31 de Agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 12 mar. 2015.

[10] SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p.20.

[11] FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 13 ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 77.

[12] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 4.029/AM. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei Federal Nº 11.516/07. Criação do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade. Legitimidade da Associação Nacional dos Servidores do IBAMA. Entidade de Classe de Âmbito Nacional. Violação do art. 62, caput e § 9º, da Constituição. Não emissão de parecer pela Comissão Mista Parlamentar. Inconstitucionalidade dos artigos 5º, caput, e 6º, caput e parágrafos 1º e 2º, da Resolução Nº 1 de 2002 do Congresso Nacional. Modulação dos Efeitos Temporais da Nulidade (Art. 27 da Lei 9.868/99). Ação Direta Parcialmente Procedente. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgado em 08 mar. 2012. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 12 mar. 2015.

[13] THOMÉ, Romeu. **Manual de Direito Ambiental: Conforme o Novo Código Florestal e a Lei Complementar 140/2011**. 2 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012, p. 116.

[14] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 12 mar. 2015: “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

[15] *Idem*. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 1.856/RJ. Ação Direta De Inconstitucionalidade - Briga

de galos (Lei Fluminense Nº 2.895/98) - Legislação Estadual que, pertinente a exposições e a competições entre aves das raças combatentes, favorece essa prática criminosa - Diploma Legislativo que estimula o cometimento de atos de crueldade contra galos de briga - Crime Ambiental (Lei Nº 9.605/98, ART. 32) - Meio Ambiente - Direito à preservação de sua integridade (CF, Art. 225) - Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade - Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade - Proteção constitucional da fauna (CF, Art. 225, § 1º, VII) - Descaracterização da briga de galo como manifestação cultural - Reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei Estadual impugnada - Ação Direta procedente. Legislação Estadual que autoriza a realização de exposições e competições entre aves das raças combatentes - Norma que institucionaliza a prática de crueldade contra a fauna – Inconstitucionalidade. . Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 26 mai. 2011. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 12 mar. 2015.

[16] BROLLO, Sílvia Regina Salau. **Tutela Jurídica do meio ambiente cultural: Proteção contra a exportação ilícita dos bens culturais**. 106f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2006. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde_arquivos/1/TDE-2006-10-05T061948Z-421/Publico/SilviaDto.pdf>. Acesso em 12 mar. 2015, p. 15-16.

[17] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 38 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 634.

[18] BRASIL. **Tribunal Regional Federal da Segunda Região**. Acórdão proferido em Apelação Cível Nº 2005251015239518. Direito da propriedade industrial. Marca fraca e marca de alto renome. Anulação de marca. Uso compartilhado de signo mercadológico (ÔMEGA). I – Expressões tradicionais e termos de uso corrente, trivial e disseminado, reproduzidos em dicionários, integram o patrimônio cultural de um povo. Palavras dotadas dessas características podem inspirar o registro de marcas, pelas peculiaridades de suas expressões eufônicas ou pela sua inegável repercussão associativa no imaginário do

consumidor. II – É fraca a marca que reproduz a última letra do alfabeto grego (Omega), utilizado pelo povo helênico desde o século VIII a.C., e inserida pelos povos eslavos no alfabeto cirílico, utilizado no Império Bizantino desde o século X d.C. O propósito de sua adoção é, inegavelmente, o de fazer uso da familiaridade do consumidor com o vocábulo de uso corrente desde a Antiguidade. III – Se uma marca fraca alcançou alto renome, a ela só se pode assegurar proteção limitada, despida do jus excludendi de terceiros, que também fazem uso do mesmo signo merceológico de boa-fé e em atividade distinta. Nessas circunstâncias, não há a possibilidade de o consumidor incidir erro ou, ainda, de se configurar concorrência desleal. IV – Apelação parcialmente provida tão-somente para ajustar o pólo passivo da relação processual, fazendo constar o Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI como réu, mantida a improcedência do pedido de invalidação do registro da marca mista OMEGA (nº 818.522.216), classe 20 (móveis e acessórios de cozinha), formulado por Ômega S.A. Órgão Julgador: Segunda Turma Especializada. Relator: Desembargador Federal André Fontes. Julgado em 25.08.2007. Disponível em: <www.trf2.jus.br>. Acesso em 12 mar. 2015.

[19] BROLLO, 2006, p. 33.

[20] BRASIL. **Decreto Nº 3.551, de 04 de Agosto de 2000**. Institui o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro, cria o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 12 mar. 2015.

[21] BROLLO, 2006, p. 33.

[22] FIORILLO, 2012, p. 80.

[23] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 12 mar. 2015.

[24] BRASIL. **Lei nº 12.343, de 02 de Dezembro de 2010**. Institui o Plano Nacional de Cultura – PNC, cria o Sistema Nacional de Informações e Indicadores Culturais – SNIIC e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 12 mar. 2015.

[25] BRASIL. **Lei nº 12.343, de 02 de Dezembro de 2010.** Institui o Plano Nacional de Cultura – PNC, cria o Sistema Nacional de Informações e Indicadores Culturais – SNIIC e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 12 mar. 2015.

[26] BRASIL. **Lei nº 12.343, de 02 de Dezembro de 2010.** Institui o Plano Nacional de Cultura – PNC, cria o Sistema Nacional de Informações e Indicadores Culturais – SNIIC e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 12 mar. 2015.

Conforme a NBR 6023:2000 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico publicado em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma: RANGEL, Tauã Lima Verdan. *Da Edificação da Universalização do Acesso ao Patrimônio Cultural: Ponderações à Lei nº 12.343/2010*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 23 maio 2015. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.53488>>. Acesso em: 23 maio 2015.

ASPECTOS PONTUAIS SOBRE A LEI MARIA DA PENHA

ARI DE ARAUJO ABREU FILHO:
ESTUDANTE, BACHARELADO EM DIREITO
DA FACULDADE FARIAS BRITO.

RESUMO: Este trabalho monográfico é dedicado ao enfrentamento de uma questão de incomensurável sensibilidade jurídica. A problemática abordada é: ‘a aplicabilidade da ação penal pública incondicionada nos casos de lesão corporal no âmbito da Lei Maria da Penha’. O texto constitucional reconhece a família como base da sociedade, por isso, essa instituição é detentora de proteção estatal. A intangibilidade do núcleo familiar por parte do Estado incentivou de forma indireta a criação de uma cultura de tolerância e aceitação tácita em relação à violência em ambiente doméstico em face das mulheres. No momento presente, esse tipo de violência já vitimou tantas mulheres que os índices apresentados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE incentivaram o Poder Judiciário, o Legislativo e o Executivo a classificar esse fenômeno social como um problema de saúde pública. Afora essa realidade, até o ano de 2006, no Brasil não havia uma legislação específica com vistas a combater a violência doméstica e familiar. Entretanto, naquele ano, o ordenamento jurídico foi inovado com a inserção da Lei n. 11.340, popularmente conhecida como Lei Maria da Penha. Desde então, o Supremo Tribunal Federal – STF passou a receber inúmeras demandas questionando a constitucionalidade de alguns dispositivos da referida lei ordinária, mormente, no que toca à questão do tipo de ação penal cabível. O debate se dedica a criticar a inconstitucionalidade do artigo 41 da Lei n. 11.340/2006, uma vez que seu texto veda o processamento e o julgamento de crimes de menor potencial ofensivo envolvendo violência doméstica contra a mulher pelos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, sem levar em

consideração que esse tipo de competência é matéria de reserva constitucional, portanto não poderia ter sido afastada por lei ordinária. Enfim, toda essa polêmica será alvo deste estudo, que ainda demonstrará aos leitores uma construção histórica sobre as motivações para a criação de uma legislação protetiva de intenso rigor, os princípios constitucionais incidentes e a jurisprudência moderna emanada do STF.

Palavras – Chave: Lei Maria da Penha. Violência. Mulher.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1 ASPECTOS PONTUAIS SOBRE A LEI MARIA DA PENHA. 1.1 A inviolabilidade do lar e o conceito de família. 1.2 Histórico da Lei Maria da Penha. 1.3 A Constituição Federal e os princípios da dignidade da pessoa humana e da isonomia. 1.4 Formas de violência doméstica e familiar contra a mulher. 1.4.1 Violência Doméstica e Familiar. 1.4.2 Da violência física. 1.4.3 Da violência psicológica. 1.4.4 Violência Verbal. 1.4.5 Da violência sexual. 1.4.6 Da violência patrimonial. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

A promulgação da Lei nº 11.340/2006, popularmente conhecida como “Lei Maria da Penha”, acarretou considerável inovação no que toca à cultura de omissão legislativa e tolerância social em relação à violência doméstica e familiar suportada pelas mulheres ao longo da história.

A lei apontada expressa seus efeitos benéficos, principalmente, no seio familiar. No momento atual, a sociedade detém conhecimentos sobre os limites impostos ao relacionamento entre os membros de um clã. A força da figura masculina não intimida a eficácia da legislação em referência, uma vez que qualquer pessoa do povo pode denunciar o agressor.

A Constituição Federal de 1988 trouxe em seu bojo a intangibilidade no que concerne à proteção da célula familiar. Em razão disso, logo se constatou que

dispositivos da Lei Maria da Penha acarretavam violação ao que estabelece a competência privativa da Lei dos Juizados Especiais – Lei n. 9.099/1995.

Dessa maneira, a usurpação da competência apontada impõe medidas mais gravosas ao agressor de menor potencial ofensivo, impondo seu afastamento do convívio do lar sem promover nem ao menos a tentativa de conciliação de forma a oportunizar a manutenção da integridade familiar.

De modo a solucionar a problemática sobre a constitucionalidade da aplicação da ação penal pública incondicionada nos crimes de lesão corporal no âmbito da Lei Maria da Penha, o Supremo Tribunal Federal se posicionou pela sua legalidade. Essa medida se deve ao reconhecimento de que a proteção da vida da mulher, em seu lar, foi considerada sobreposta a qualquer critério de legalidade.

Nesse passo, o objetivo deste trabalho monográfico é analisar a legalidade da Lei n. 11.340/2006, direcionada a questão do ilícito de lesão corporal. O objetivo específico é demonstrar propostas que contraditam a análise positiva da incidência da Lei Maria da Penha em âmbito doméstico e familiar.

Para a realização do estudo foi desenvolvida uma extensa pesquisa bibliográfica, fundamentada em obras jurídicas doutrinárias já publicadas sobre o assunto e também em decisões jurisprudenciais emanadas dos Tribunais Superiores pátrios. Segundo a abordagem qualitativa, há uma maior preocupação com o aprofundamento e a abrangência da compreensão do fenômeno social da violência doméstica e familiar em face das mulheres.

Iniciando o estudo, o capítulo inaugural aborda os aspectos pontuais sobre a Lei Maria da Penha, para tanto comenta sobre: a inviolabilidade do lar e o conceito de família; o histórico da Lei Maria da Penha; a Constituição Federal e os princípios da dignidade da pessoa humana e da isonomia; e as formas de violência doméstica e familiar contra a mulher (física, psicológica, verbal, sexual, e patrimonial).

Em seguida, o capítulo segundo é dedicado aos debates sobre as alterações ao procedimento penal de violência doméstica e familiar, nesse passo, são explorados:

os aspectos gerais e procedimentais sobre a Lei Maria da Penha; e a ação penal pública incondicionada *versus* ação penal privada.

O capítulo de encerramento colaciona comentários ao posicionamento do STF sobre a (in)constitucionalidade da ação penal pública e incondicionada na Lei Maria da Penha. Nesse momento, o estudo será voltado à avaliação dos fundamentos jurídicos justificadores das hipóteses de inconstitucionalidade da Lei Maria da Penha; aos fundamentos jurídicos determinantes da constitucionalidade da Lei Maria da Penha; e ao posicionamento moderno e dominante do Supremo Tribunal Federal.

Com o escopo de subsidiar as constatações expostas ao longo do texto, foram citados inúmeros autores de notável conhecimento jurídico na seara de direito penal, dentre os quais ganham maior destaque: Maria Berenice Dias, Rogério Greco Filho, e Guilherme de Souza Nucci.

Enfim, a família como instituição pilar da sociedade é titular de proteção constitucional intangível, portanto a preservação do direito fundamental à convivência pacífica no lar deve ser garantida a todas as mulheres do Brasil sem violação as garantias legais.

1 ASPECTOS PONTUAIS SOBRE A LEI MARIA DA PENHA

O presente tópico é inaugurado a partir de uma construção histórica com escopo de rememorar o cenário social que provocou a criação da Lei n. 11.340 – Lei Maria da Penha – LMP no ano de 2006. Em que pese se tratar de uma temática demasiadamente tormentosa e delicada, o discurso adotado, neste trabalho, será evitado de formalidades e livre de paixões. Destarte, pretende demonstrar as ambições do legislador em relação à proteção feminina, sem olvidar por em destaque as possíveis inconstitucionalidades e prejuízos ao processo penal vigente que tanto se faz presente em debates acadêmicos, doutrinários, jurisprudenciais e sociais.

A subjugação feminina aos homens é uma cultura atávica presente na tradição de inúmeros povos, tanto é assim que a temática de violência doméstica e familiar passou a chamar a atenção das autoridades internacionais para que este tema fosse

incluído na pauta de debates para a proclamação e defesa dos direitos humanos. Sobre a matéria, Castilho (2011, p. 12) esclarece que:

Há um traço de brutalidade na personalidade humana, herança de um instinto animal que a civilização ainda não foi capaz de eliminar. Consciente ou inconscientemente, homens de todos os povos seguem a cartilha da crueldade, seja para com os semelhantes, pilhando-os e até causando-lhes a morte, seja para com os que lhes parecem inferiores, escravizando-os e destruindo-lhes mais do que a vida, mas a própria cultura e identidade. Para combater isso é que existe a educação: para tirar do homem os resquícios de sua condição primitiva. Um dos fatores mais importantes dos últimos séculos, no sentido de refinar o comportamento do homem, em sociedade, foram os direitos humanos.

A luta pela preservação da integridade física, psicológica, sexual, moral e patrimonial das mulheres, em ambiência internacional, remonta ao ano de 1791, com o advento da Declaração dos Direitos da Mulher e da Cidadã, logo após a ocorrência do marco histórico da Revolução Francesa. Leia-se:

PREÂMBULO

[...] Considerando que a ignorância, o menosprezo e a ofensa aos direitos da mulher são causas das desgraças públicas e da corrupção no governo, resolvem expor em uma declaração solene, os direitos naturais, inalienáveis e sagrados da mulher. Assim, que esta declaração possa lembrar sempre, a todos os membros do corpo social seus direitos e seus deveres; que, para gozar de confiança, ao ser comparado com o fim de toda e qualquer instituição política, os atos de poder de homens e de mulheres devem ser inteiramente respeitados; e, que, para serem fundamentadas, doravante, em princípios simples e incontestáveis, as reivindicações das cidadãs devem sempre respeitar a constituição, os bons costumes e o bem estar geral. Em consequência, o sexo que é superior em beleza, como em coragem, em meio aos sofrimentos maternos, reconhece e declara, em presença, e sob os auspícios do Ser Supremo, os seguintes direitos da mulher e da cidadã:

Artigo 1º - A mulher nasce livre e tem os mesmos direitos do homem. As distinções sociais só podem ser baseadas no interesse comum.

Artigo 2º - O objeto de toda associação política é a conservação dos direitos imprescritíveis da mulher e do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e, sobretudo, a resistência à opressão.

[...]

A organização das Nações Unidas – ONU capitaneou inúmeras convenções internacionais com o fito de afirmar a isonomia feminina em relação aos homens. Nestes termos, é possível delinear as principais Convenções:

Em 1946 Convenção para criar uma comissão para tratar a condição da mulher;

Em 1952, Convenção sobre os Direitos Políticos da Mulher;

Em 1957, Convenção sobre a Nacionalidade de Mulheres Casadas;

Em 1962, Convenção para aprovação do casamento;

Em 1979, Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women – Cedaw), de 1979;

Em 1994, Convenção Internacional de Belém do Pará.

Em suma, as convenções referenciadas se dedicaram a impor o irrestrito respeito ao que ditam os direitos humanos consagrados pela Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem e na Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Considerando os argumentos internacionais pautados pela referida convenção, bem como pela relevância da proteção feminina, em 27 de novembro de 1995, o Brasil passou a ser signatário das normas resultantes da Convenção Internacional de Belém do Pará.

A violência doméstica e familiar, *a priori*, foi considerada como um crime de menor potencial ofensivo, portanto poderia ser punido em virtude dos regramentos impressos na Lei n. 9.099/95. As sanções impostas tinham caráter ofensivo à figura da vítima, pois em grande parte dos casos era aplicado o instituto da transação penal com a imposição de doações de cestas básicas que oneravam o orçamento doméstico.

Desta feita, o ordenamento legal vigente deveria ser inovado para adotar normas de prevenção e repressão à violência doméstica e familiar

contra a mulher. No ano de 2004, passou a vigorar a Lei n. 10.886, que acrescentou os §9º e §10 ao artigo 129 do Código Penal. Note-se:

Art. 129 [...]

Violência Doméstica

§ 9º Se a lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade:

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano.

§ 10. Nos casos previstos nos §§ 1º a 3º deste artigo, se as circunstâncias são as indicadas no § 9º deste artigo, aumenta-se a pena em 1/3 (um terço).

Embora tenha havido o incremento à legislação penal, não houve grandes avanços no combate à violência doméstica e familiar. Como visto, até o ano de 2006, o Brasil não possuía legislação específica de combate eficaz ao crime de violência doméstica e familiar.

Somente com a denúncia da vítima de violência doméstica, Maria da Penha Fernandes, à Organização dos Estados Americanos (OEA), que as autoridades brasileiras foram chamadas à responsabilidade em fazer com o que o país seguisse às diretrizes ratificadas durante a Convenção de Belém do Pará ocorrida no ano de 1994.

A Lei n. 11.340/2006, popularmente conhecida como ‘Lei Maria da Penha’ ou ‘Lei com nome de mulher’ veio a lume em vista das graves agressões sofridas pelas mulheres em ambiência doméstica e familiar. A referida norma foi editada em obediência a convenções internacionais. No Brasil, ganhou maior relevância a Convenção interamericana de Belém do Pará de 1994, momento em que foram estabelecidas diretrizes com o fito de erradicar esse tipo de prática reprovável.

A violência doméstica ensejou opressão à intimidade dos lares, em razão disso autorizou a intervenção do Direito Penal para que a norma expressa no bojo

constitucional detenha a eficácia determinada pelo legislador. Note-se: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”.

A violência desferida contra a mulher se impõe como uma violação dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais. A criação de ações afirmativa tem o condão de interromper essa cultura histórica de desigualdade entre homens e mulheres.

O drama da violência impede a intangibilidade das instituições familiares, dessa maneira, a ausência de intervenção estatal negaria às mulheres uma experiência de vida digna, além de incentivar a repressão e o sofrimento silenciado.

1.1 A inviolabilidade do lar e o conceito de família

O Direito Penal pátrio faz imperar o princípio da intervenção mínima, isso significa que o Estado somente poderá adentrar a intimidade humana naquelas situações em que valores maiores sejam passíveis de violação. De modo a facilitar a compreensão do princípio aventado, tem-se por oportuno mencionar a lição de Gomes (2010, p. 433):

A intervenção penal, em razão da natureza do castigo penal, que retrata a forma mais drástica de reação do Estado frente ao delito, deve ser fragmentária e subsidiária. Isso é o que caracteriza o princípio da intervenção mínima, que constitui a base do chamado Direito penal mínimo. A fragmentariedade do Direito penal indica que somente os bens jurídicos mais relevantes devem merecer a tutela penal e exclusivamente os ataques mais intoleráveis é que devem ser punidos penalmente. De outro lado, a subsidiariedade implica que só tem lugar o Direito penal quando outros ramos do Direito não solucionam satisfatoriamente o conflito. Em outras palavras, o Direito penal é Direito de *ultima ratio*.

Em se tratado de violência doméstica e familiar, a autorização legal para intervenção rígida e direta do Estado é justificada pela preservação da vida da mulher, uma vez que sem a vida se esgota a personalidade jurídica e o direito passa a não mais razão de existir para o indivíduo. Nas lições de Osterne (2006, p. 51), em seu livro ‘Família, Pobreza e Gênero’, vale destacar que:

A definição dominante de família congrega um conjunto de palavras afins: pai, mãe, filhos, casa, unidade doméstica, casamento, e parentesco. A família tida como “legítima”, “normal”, que se interioriza no imaginário da maioria das pessoas, caracteriza-se como um conjunto de indivíduos aparentados que se ligam entre si por aliança, casamento, filiação, adoção, ocasional ou afinidade. É pressuposto comum que esses indivíduos habitem o mesmo teto. [...] a família em sua definição legítima é um privilégio instituído como norma universal. Privilégio de fato que implica um privilégio simbólico [...] aqueles que têm o privilégio de ter uma família adequada podem exigí-la de todos, sem ter de se perguntar pelas condições de universalização do acesso ao que exigem universalmente [...] a família é certamente uma ficção, uma ilusão [...] mais uma ilusão bem fundamentada.

O lar doméstico é o *habitat* natural da família, portanto deve ser considerado como asilo inviolável, onde pessoas unidas por laços sanguíneos ou de afetividade desenvolvem a união axiológica entre os seres, ou seja, a relação de amor e confiança. A lei em debate não se traduz como uma visão particularizada do sofrimento feminino, mas levanta o debate sobre a dor da alma, que é a violência psíquica somada a violência física que ocasionam a formação de muitos traumas.

Bom é que se diga que a Lei n. 11.340/2006 também alcança as famílias homoafetivas. Segundo Dias (2015, *online*) o conceito de união homoafetiva deve ser compreendido da forma que segue delineada:

Impondo a Constituição respeito à dignidade humana, são alvos de proteção os relacionamentos afetivos independentemente da identificação do sexo do par: se formados por homens e mulheres ou só por mulheres ou só por homens. Mesmo que, quase intuitivamente, se conceitue família como uma relação interpessoal entre um homem e uma mulher tendo por base o afeto, necessário reconhecer que há relacionamentos que, mesmo sem a diversidade de sexos, são cunhados também por um elo de afetividade.

Contudo, vale ressaltar que, na medida do possível, o problema da violência doméstica deve ser solucionado preservando a família. Como toda obra humana, a LMP colaciona alguns defeitos que deverão ser aprimorados ao longo do tempo pela jurisprudência e pela doutrina nacional.

1.2 Histórico da Lei Maria da Penha

A Lei n. 11.340/2006 foi chamada de Lei Maria da Penha em razão desta legislação ser fruto da luta de uma mulher vítima de violência em seu lar. Maria da Penha Fernandes é biofarmacêutica e foi casada com o colombiano Marcos Viveiros. Após o enlace matrimonial, o agressor passou a demonstrar sua face agressiva e interesseira, pois contratou alguns seguros de vida em nome da vítima onde figurava como principal beneficiário. A intolerância do agressor foi detalhadamente narrada no livro escrito pela vítima. Note-se o que leciona Fernandes (1994, p. 20):

Hoje estou convencida de que, a sua naturalização e as possibilidades de se projetar social e profissionalmente, conduziram-no a uma união de conveniências. Esta minha afirmação é tão verdadeira que, a partir do momento em que os seus objetivos foram alcançados, Marco passou então a mostrar a sua verdadeira face: violenta, mesquinha, intolerante. Tal era o seu instinto de maldade que me senti perdida, atordoada. No íntimo, nutria esperanças, desejava ardentemente que tudo voltasse a ser como antes, quando reinava a compreensão, o respeito, a união. Apelei para psicólogos e para a religião, participando inclusive de Movimento Familiar Cristão, mais tudo foi em vão.

Pois bem, na data do crime, o agressor organizou a residência de modo que, após o homicídio, todos pudessem pensar que havia ocorrido um latrocínio. Às vésperas do evento criminoso, o agressor ordenou que a vítima assinasse documentos autorizando a venda do veículo da família. Esse fato despertou desconfiança e preocupação na vítima. Na noite do crime, seu marido a alvejou com tiros, levando-a a um estado de saúde crítico que lhe impôs a condição de paralisia dos membros inferiores. Tentando se livrar de qualquer imputação, o agressor, querendo parecer outra vítima, lesionou o próprio corpo com uma faca.

Sem ter obtido êxito no objetivo de exaurir a vida da vítima, o agressor tentou matá-la por meio de choque elétrico. Sabendo que a vítima costuma a usar chuveiro elétrico, o agressor eletrizou o registro. A vítima, ao molhar-se, sentiu um choque; aterrorizada, decidiu buscar ajuda policial e judicial.

Junto às autoridades narrou uma vida sofrida, vitimizada pela violência e pela privação de convívio com a família. Em razão disso, a vítima obteve uma ordem

judicial para sair de seu próprio lar. Após concretizar a separação legal, foi iniciada uma longa investigação que resultou em uma denúncia criminal contra o agressor ofertada pelo Promotor de Justiça perante o Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Fortaleza. O julgamento do réu foi adiado por inúmeras vezes, porém, no ano de 1991, foi declarada a sentença condenatória de 15 anos de reclusão. Em seguida houve a anulação do julgamento, fato que causou revolta em vários segmentos sociais. Sobre esse momento, Fernandes (1994, p. 21) conta que:

Nesta circunstância, Marco Antonio H. Viveiros – ÚNICO RESPONSÁVEL POR MINHA PRISÃO PERPÉTUA EM CADEIRA DE RODAS – aguarda, gozando, em TOTAL LIBERDADE, que seja determinada a data para ser submetido novamente ao Tribunal do Júri.

Em razão da inexplicável celeridade processual, somente após 19 (dezenove) anos da data do fato, o réu foi condenado a uma irrisória pena de 08 (oito) anos de prisão, tendo cumprido apenas 02 (dois) anos em regime fechado. O caso de Maria da Penha Fernandes ganhou notoriedade nacional, e com o apoio de pessoas ligadas a entidades de direitos humanos, a vítima chegou a Comissão Interamericana dos Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA), que acatou, pela primeira vez, a denúncia de um crime de violência doméstica representado em *ex proprio jure*.

A denúncia alegou a cultura de tolerância nacional para com a violência doméstica, e o Brasil, mesmo diante da ciência de que o caso havia chegado através de denúncia na Comissão da OEA, não se manifestou em momento algum, sendo assim, todas as alegações consideradas verdadeiras. Ante o exposto, o país foi condenado pela OEA por omissão, negligência e tolerância à violência contra a mulher, como expresso nos termos do relatório número 54/2001 da Comissão, onde em uma de suas recomendações na parte VIII, 3, expõe que:

Adotar, sem prejuízo das ações que possam ser instauradas contra o responsável civil da agressão, as medidas necessárias para que o Estado assegure à vítima adequada reparação simbólica e material pelas violações aqui estabelecidas, particularmente por sua falha em oferecer um recurso rápido e efetivo; por manter o caso na impunidade por mais de quinze

anos; e por impedir com esse atraso a possibilidade oportuna de ação de reparação e indenização civil.

O país foi condenado a pagar uma indenização para Maria da Penha no valor de 20 mil dólares. A OEA recomendou ao Estado brasileiro a rápida conclusão do processo penal movido contra réu. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos divulgou o Informe n. 54/2001, censurando o Brasil pela negligência e não efetivação da sentença condenatória, *in verbis*:

[...] a República Federativa do Brasil é responsável da violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial, assegurados pelos artigos 8.º e 25 da Convenção Americana em concordância com a obrigação geral de respeitar e garantir os direitos, prevista no artigo 1.º do referido instrumento pela dilação injustificada e tramitação negligente deste caso de violência doméstica no Brasil. Que o Estado tomou algumas medidas destinadas a reduzir o alcance da violência doméstica e a tolerância estatal da mesma, embora essas medidas ainda não tenham conseguido reduzir consideravelmente o padrão de tolerância estatal, particularmente em virtude da falta de efetividade da ação policial e judicial no Brasil, com respeito à violência contra a mulher. Que o Estado violou os direitos e o cumprimento de seus deveres segundo o artigo 7.º da Convenção de Belém do Pará em prejuízo da Senhora Fernandes, bem como em conexão com os artigos 8.º e 25 da Convenção Americana e sua relação com o artigo 1.º da Convenção, por seus próprios atos omissivos e tolerantes da violação infligida.

O parecer determinou inúmeras recomendações ao Brasil, dentre as quais a promoção de políticas públicas efetivas no sentido de dar maior objetividade ao combate à violência doméstica. Leia-se:

Completar rápida e efetivamente o processamento penal do responsável pela agressão e tentativa de homicídio contra senhora Maria da Penha Fernandes Maia; [...] Continuar e aprofundar o processo de reformas que evitem a tolerância estatal e o tratamento discriminatório a respeito da violência doméstica contra as mulheres no Brasil. (CASO 12.051, Relatório n. 54/01, Maria da Penha Maia Fernandes).

Diante das constatações de violência e em cumprimento aos tratados internacionais ratificados pelo Brasil, correlatos aos direitos humanos das mulheres, a legislação ordinária deu nova roupagem para o enfrentamento da violência doméstica.

Dias (2007, p. 14), em suas lições, assevera: “A Lei foi sancionada pelo presidente Lula, onde neste momento afirmou que: Essa mulher renasceu das cinzas para se transformar em um símbolo da luta contra a violência doméstica no nosso país”.

A lei, além de cumprir preceitos constitucionais, objetiva cumprir algumas obrigações contraídas pelo Brasil quando da ratificação da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, de 1995. A LMP pode ser considerada como uma política pública que tem como estratégia prevenir e reprimir a violência contra a mulher em ambiente doméstico e familiar. A legislação em comento inovou a cultura popular de aceitação da indiferença em relação às mulheres vitimadas em seus próprios lares.

Apesar das conquistas, lamentavelmente, no Brasil as intenções legislativas ainda se perfazem como ideais a serem alcançados, pois o número de violência doméstica e familiar é crescente. A pesquisa mais recente foi realizada no ano de 2011, pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, a pedido da Secretaria de Políticas Públicas para as Mulheres (Órgão Oficial subordinado diretamente a Presidência da



República). Observe-se:

Fonte: IBGE1

A criação da LMP expressa obediência à Carta Política de 1988 e às Convenções Internacionais, ratificadas pelo Brasil, que tratam da eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres e dispõem sobre a erradicação da violência doméstica e familiar. A violência doméstica, por vezes, materializa-se de formas múltiplas, essas experiências maléficas podem ocasionar traumas psíquicos irreversíveis. Por isso, a LMP se dispõe a socorrer as vítimas de violência que outrora eram condenadas a enfrentar a dor em silêncio.

1.3 A Constituição Federal e os princípios da dignidade da pessoa humana e da isonomia

As normas que compõem o sistema internacional de Direitos Humanos passaram a ser ostensivamente incorporadas pelo Brasil após o ano de 1988. No que toca a proteção da figura feminina, o marco inaugural remonta ao ano de 1984, a partir da adesão do país à Convenção sobre a Eliminação de Discriminação contra a Mulher.

A institucionalização dos Direitos Humanos, no Brasil, pode ser observada no inciso III, do artigo 1º, do texto constitucional. Assim, a dignidade da pessoa humana deve ser considerada como um valor supremo e intangível aos homens e às mulheres. No que toca ao princípio em foco, Moraes (2010, p. 128-129) aduz que:

A Dignidade da Pessoa Humana é um valor espiritual e moral inerente a pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a

1 Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/2185527900054.pdf>> Acesso em: 20 fev. 2014.

necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. [...]. O Princípio fundamental consiste pela Constituição Federal da dignidade da pessoa humana apresenta-se em uma dupla concepção. Primeiramente, prevê um direito individual protetivo, seja em relação ao próprio Estado, seja em relação aos demais indivíduos. Em segundo lugar, estabelece verdadeiro dever fundamental de tratamento e igualitário dos próprios semelhantes.

A isonomia também se afirma como um instrumento de tutela aos direitos humanos. Segundo o professor Castilho (2011, p. 13): “Portanto, podemos resumir, como direitos que pertencem à pessoa humana, independentemente de leis, estes: vida, liberdade, igualdade e segurança pessoal. São direitos universais e indivisíveis”. Na ótica de Tavares (2012, p. 601), a isonomia é:

O elemento discriminador erigido como causa da desigualdade deve estar predisposto ao alcance de uma finalidade. Esta, por sua vez, esta deve corresponder a algum objetivo encampado pelo Direito, seja expressa, seja implicitamente.

Por sua vez, segundo Kelsen (1999, p. 211): “A igualdade dos sujeitos na ordenação jurídica, garantida pela Constituição não significa que estes devam ser tratados de maneira idêntico nas normas e em particular nas leis expedidas com base na Constituição”. Dessa forma, homens e mulheres podem ter tratamentos desiguais para a preservação das garantias legais para ambos.

1.4 Formas de violência doméstica e familiar contra a mulher

Dentre os muitos problemas que afetam a intimidade dos lares, um dos mais complexos é a violência. Não se pode olvidar que a agressividade perturbadora ou destrutiva integra os instintos de defesa humano. A agressividade destrutiva pode ser compreendida como um impulso de autoafirmação, ou seja, a expressão dos elementos do próprio ser sem qualquer discriminação ou escolha, sem qualquer consideração pelas consequências do ato ou pela vítima.

A agressividade perturbadora demonstra o desprezo e a desvalorização da vida humana. O agressor desrespeita o direito de liberdade da vítima, o impulso masculino de domínio se torna um dos mais terríveis instrumentos de controle da mulher dentro

de uma relação de intimidade ou na convivência em grupo social. Nucci, em seus ensinamentos (2008, p. 1259), pondera que:

Violência significa, em linhas gerais, qualquer forma de constrangimento ou força, que pode ser física ou moral. Entretanto, em termos penais, padronizou-se o entendimento de que o termo, quando lançado nos tipos penais incriminadores, tem o condão de representar apenas a violência física. Essa é a razão pela qual vários tipos trazem, além da palavra violência, a expressão grave ameaça.

Considerando essa realidade, o legislador contextualizou as formas de violência doméstica contra a mulher no bojo da LMP. A referida lei impôs 5 (cinco) formas de manifestação da violência doméstica e familiar contra a mulher, quais sejam: física, psíquica, moral, sexual e patrimonial. Essa preocupação do legislador demonstra a necessária proteção integral da condição feminina perante a sua família, ao agressor e a sociedade. No Estado do Ceará, a Lei Federal n. 11.340/2006 foi regulamentada pela Lei Estadual n. 13.925/2007. No que se refere a violência, observe-se o que estabelecem os incisos do artigo 4º da Lei 13.925/2007:

Art. 4º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;

II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da auto-estima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;

III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação;

ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;

IV - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;

V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.

Lamentavelmente, nem mesmo a previsão legal é capaz de inibir o cotidiano violento enfrentado por muitas mulheres em seus próprios lares. Hodiernamente, é possível assistir transmissões de brigas, espancamentos, tiroteios, assaltos etc. A sociedade moderna está tão acomodada com essa realidade que se criou um senso comum de aceitação da violência. Sobre o assunto, a escritora Chauí (1999, p. 17) leciona que:

O senso comum é um conjunto de crenças, valores, saberes, e atitudes que a sociedade julga naturais porque foram transmitidos de geração a geração, sem questionamento. Em algum momento da vida foi dito como são e o que valem as coisas e os seres humanos, como devem ser avaliados e tratados e nos aceitamos estas informações sem contestação. Quando o senso comum se cristaliza como modo de pensar e de sentir de uma sociedade, formam o sistema de preconceitos. Esse sistema de preconceitos ou representações permeia todas as relações sociais, podendo afetar de forma profunda e negativa estabelecendo diferenças entre as pessoas, negando direitos fundamentais e gerando conflitos. Isso tem efeitos devastadores: perda do respeito pela pessoa humana; restrição à liberdade; introdução da desigualdade; estabelecimento e manutenção da discriminação; e promoção de injustiças.

A violência contra a mulher é um tema delicado e abrangente, pois se instaura em todas as classes sociais. O intenso sofrimento psicológico decorrente da desqualificação da vítima incentiva a baixa de sua autoestima, e, por vezes, a faz acreditar que é a culpada pelas agressões sofridas.

Em algumas situações, a violência doméstica persiste de forma crônica porque as mulheres apresentam atitudes de aceitação e incapacidade de se desligar daquele ambiente. Muitas mulheres sentem-se inseguras quanto ao enfrentamento de um

casamento fracassado e um futuro incerto ou até mesmo por temer a solidão, a violência é aceita em virtude da dependência emocional.

1.4.1 Violência Doméstica e Familiar

É a ação ou omissão que ocorre no espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas. Esse tipo de violência é praticado por membros de uma mesma família, que deve ser entendida como uma comunidade formada pela união de indivíduos que são ou se consideram aparentados, ligados por laços naturais, afinidade, ou vontade expressa.

1.4.2 Da violência física

A violência física é uma forma utilizada pelo agressor para impor autoridade sobre a vítima. Segundo Nucci (2008, p. 1267): “é a lesão corporal praticada contra a mulher no âmbito doméstico ou familiar”. É comum que a mulher sofra agressões de ordem física, com a utilização de armas de fogo, objetos pontiagudos, ou outros que venham a causar intensa dor e sofrimento. Dentre as formas de agressão mais comuns estão: socos, chutes, queimaduras, punhaladas, mutilações corporais, que podem levar à vítima a condição de invalidez permanente e, nos casos mais extremos, ao óbito.

1.4.3 Da violência psicológica

A violência psicológica ou emocional consiste em ações voltadas à degradação do comportamento, da crença, da profissão e de outros tipos de qualificação que sirvam para depreciar e humilhar a vítima.

Esse tipo de violência provoca sofrimento tão intenso quanto à dor física. Geralmente, esse comportamento agressivo é manifestado publicamente para constranger a vítima perante as demais pessoas. Nucci (2008, p. 1267) revela que a

violência psicológica pode ser: “[...] qualquer dano emocional, humilhação ou ridicularização”.

Tais situações são passíveis de provocar traumas e tornar a vítima uma pessoa inibida e apática em relação ao mundo. O desenvolvimento de sentimentos como: a inferioridade, a culpa, a dependência, a omissão, dentre outros, é muito comum para quem enfrenta esse tipo de situação.

1.4.4 Violência Verbal

Notadamente, a violência verbal ocorre em concomitância com a prática da psicológica. Em alguns casos, a presença de estranhos no momento da agressão torna o momento ainda mais empolgante para o agressor.

Diferentemente da agressão psicológica, a violência verbal costuma a se materializar com o uso de grosserias e palavrões. É comum que agressor culpe a vítima com a finalidade de justificar a prática de agressões.

1.4.5 Da violência sexual

A questão da violência sexual não se perfaz como tabu. Para Nucci (2008, p 1267): “É o constrangimento físico com o uso da força e da coação”. Em que pese o sexo figurar entre os deveres conjugais, a mulher pode se recusar a submissão a tal prática, sob pena de configurar o crime de estupro.

Comumente, o agressor pune a vítima com essa prática forçada para tornar a sua situação ainda mais humilhante, para subjugar-la e impor autoridade. Esse abuso de poder demonstra a satisfação pessoal do agressor, que acredita em sua impunidade em razão da vergonha da vítima em relatar tal situação às autoridades.

1.4.6 Da violência patrimonial

A violência patrimonial pode se configurar de diversas maneiras. Para ilustrar, é possível mencionar o agressor que obriga a vítima a lhe ceder uma procuração pública no intuito de dispor dos bens desta da forma que melhor convier aos seus interesses. Esse tipo de atitude tende a tornar a vítima uma pessoa sem independência econômica, portanto impossibilitada de tomar qualquer atitude para livrar-se do agressor sem o auxílio de terceiros.

Outro tipo de violência ao patrimônio da vítima é a destruição de seus objetos pessoais e funcionais do lar, ou seus instrumentos de trabalho. É muito comum a quebra de aparelhos eletrônicos, a destruição de roupas e demais insumos necessários à normalidade de sua vida.

Ante a esse lamentável cenário de violência, o próximo capítulo é dedicado a debater as alterações do procedimento penal adotado para o combate à problemática da violência doméstica e familiar.

CONCLUSÃO

Não se pode olvidar as benesses legais advindas ao ordenamento jurídico e à convivência social e familiar - em relação ao respeito à integridade física, moral, psicológica, sexual e patrimonial das mulheres em seus lares - desde a vigência da Lei n. 11.340/2006.

Entretanto, faz-se imperioso destacar que a tutela destinada à mulher promoveu a violação de competência da Lei n. 9.099/95, no que toca ao processamento e julgamento de crimes de menor potencial ofensivo. Dessa maneira, a questão foi levada à análise da Suprema Corte que se posicionou pela legalidade da usurpação da competência legal anteriormente fixada pela Lei dos Juizados Especiais.

A Corte Suprema determinou que independente do ilícito, caso este seja praticado em âmbito doméstico e familiar em face da mulher, a competência pertence

à justiça especializada, a saber, os Juizados Especializados de Combate à Violência Doméstica e Familiar contra as Mulheres.

Embora, a proteção da vida da mulher em seu lar seja um valor que se sobrepõe a eventuais debates sobre competência para o processamento e julgamento de ações, pode ser dito que a consideração da legalidade questionada também se contrapõe à tutela constitucional da família, considerada pelo texto magno como base da sociedade.

Isso ocorre porque o agressor, geralmente o chefe da família, é afastado do lar e da convivência dos filhos, quebrando o seu direito a convivência familiar. Em muitos casos, os casais que se desentenderam outrora decidem por retomar a relação, mas são impedidos por conta de medidas protetivas que ensejam à prisão do agressor que desrespeitar a distância mínima a ser mantida do local onde se encontra a vítima.

Considerando a gravidade dessa realidade, os legisladores poderiam ter tratado da matéria de forma mais flexível, mas essa vertente não se concretizou. Destarte, o rigor trazido pela Lei Maria da Penha protege vidas, mas é passível de desfazer a integridade do núcleo familiar contrariando os preceitos constitucionais.

A aplicação mais razoável da legislação comentada poderia ter destinado um tratamento mais brando aos casos em que o magistrado entendesse como viável a preservação da integridade da família. A maturidade do julgador, aliada ao seu livre convencimento e ao subsídio provindo de laudos periciais, poderiam auxiliar imposição de sanção menos grave e não impedir a presença do agressor no lar.

Certamente, tal posicionamento seria mais razoável que a aplicação fática moderna da legislação em debate. Dessa maneira, a inviolabilidade familiar prevista no texto constitucional seria respeitada e inúmeras famílias poderiam ser restauradas na forma da lei.

Não obstante este posicionamento não coadunar com a jurisprudência dominante, bom é que se diga que, em momento algum, foi pretendido corroborar com qualquer tipo de apoio a violência em face da mulher em âmbito doméstico e

familiar. Vale destacar que o Estado Democrático de Direito somente se afirma quando é respeitada a pluralidade de opiniões de seus compatriotas.

Manter posicionamento contrário ao que dita o Tribunal Constitucional pátrio é um desafio para os estudiosos da ciência jurídica, o que torna o estudo mais instigante e materializa a tolerância à diversidade de pensamentos ensinada pelo mestre Rui Barbosa, a saber: “embora não concorde com nenhuma das palavras que estais dizendo, hei de lutar até a morte para que tenhais o direito de as dizer”.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Joaquim Benedito. **Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1978.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <www.presidencia republica.org.br/legislacao>. Acesso em: 01 fev. 2014.

_____. **Lei n. 11.340**, de 23, de agosto de 2006. Disponível em: <www.presidencia republica.gov.br>. Acesso em: 01 fev. 2014.

_____. **Lei n. 12.015**, de 07, de agosto de 2009. Disponível em: <www.presidencia republica.gov.br>. Acesso em: 01 fev. 2014.

_____. **Lei n. 12.403**, de 04, de maio de 2011. Disponível em: <www.presidencia republica.gov.br>. Acesso em: 01 fev. 2014.

_____. **Lei n. 9.099**, de 26, de setembro de 1995. Disponível em: <www.presidencia republica.gov.br>. Acesso em: 01 fev. 2014.

_____. **Lei n. 13.925**, de 06, de setembro de 2007. Lei de drogas. Disponível em: <http://www.tjce.jus.br/institucional/comissao_lei_maria_da_penha.asp>. Acesso em: 01 fev. 2014.

_____. **Decreto Lei n. 3.689**, 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <www.presidencia republica.org.br/legislacao>. Acesso em: 01 fev. 2014.

_____. **Decreto Lei n. 3.688**, 21 de junho de 1941. Lei das Contravenções Penais. Disponível em: <www.presidencia republica.org.br/legislacao>. Acesso em: 01 fev. 2014.

_____. **Emenda Constitucional n. 45/04.** Disponível em: <
http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=92006>.
Acesso em: 01 mar. 2014.

_____. **(STF) Súmula n. 608.** Disponível em: <
http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/stf_0608.htm>. Acesso em: 02 fev. 2014.

_____. **(STF) ADI n. 4.424.** Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3897992>>. Acesso: 01 fev. 2014.

_____. **(STF) ADC n. 19.** Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3000087>>. Acesso: 01 fev. 2014.

_____. **(STF) HC n. 106.212.** Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+106212%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+106212%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/c5grvpn>>. Acesso: 01 fev. 2014.

_____. **(STF) Supremo julga procedente ação da PGR sobre Lei Maria da Penha.** Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=199853>>. Acesso em: 01 fev, 2014.

_____. **(IBGE).** Característica dos registros de violência relatados a Central de Atendimento – Ligue 180 – Brasil. Disponível em:
<<http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/2185527900054.pdf>> Acesso em: 20 fev. 2014.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Direito Internacional e direito interno:** sua interação: sua interação na proteção dos direitos humanos (especialmente item VIII). Disponível em:
<<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/introd.htm>>. Acesso em: 09 fev. 2014.

CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. Justiça criminal consensual. **MPF.** Disponível em: <
http://www.prrj.mpf.gov.br/custoslegis/revista/2012_Penal_Processo_Penal_Campos_Plea_Bargaining.pdf>. Acesso em: 11 fev. 2014.

CASTILHO, Ricardo. **Sinopses Jurídicas.** São Paulo: Saraiva, 2011.

CHAUÍ, Marilena. **Participando do debate sobre mulher e violência. In: Perspectivas antropológicas da mulher.** Rio de Janeiro: Zahar Editores S.A., 1999.

Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a violência contra a mulher: Convenção de Belém do Pará. Brasília, 1994. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/m.Belem.do.Para.htm>>. Acesso em: 09 fev. 2014.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Família Homoafetiva.** Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/28_-_fam%EDlia_homoafetiva.pdf>. Acesso em: 02 abr. 2015.

FERNANDES, Maria da Penha Maia. **Sobrevivi... posso contar.** Fortaleza: edição do autor, 1994.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal: introdução e princípios fundamentais.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

GRECO FILHO, Rogério. **Código Penal comentado.** Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito.** 6. ed. Coimbra: Armênio Amado Editora, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires. **Curso de Direito Constitucional.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional.** 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado.** 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OSTERNE, Maria do Socorro Ferreira; FROTA, Maria Helena de Paula. **Relação de gênero e violência.** Apostila do Observatório de Políticas Públicas do Programa de Pós-graduação Políticas Públicas e Sociedade da Universidade Estadual do Ceará, jun. 2006.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional.** 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

Conforme a NBR 6023:2000 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico publicado em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma: ABREU FILHO, Ari de Araujo. *Aspectos pontuais sobre a Lei Maria da Penha*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 23 maio 2015. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.53492>>. Acesso em: 23 maio 2015.

O DIREITO AO ESQUECIMENTO FRENTE AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA EM CONFRONTO COM A LIBERDADE DE IMPRENSA

BRUNA ROBERTA WESSNER LONGEN:

RESUMO: Este estudo tem por escopo analisar o conflito entre a liberdade midiática frente ao direito de ser esquecido, diretamente ligado ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, bem como aos direitos da personalidade relativos à privacidade, honra e imagem. Objetiva-se, ainda, examinar casos concretos à luz da Constituição Federal de 1988, utilizando-se da legislação pátria, doutrinas, jurisprudências e demais artigos relevantes. Contudo, o tema não se limita a conceitos e preceitos legais, trazendo a baila os métodos que tem sido utilizados pelos Tribunais para solucionar conflitos decorrentes da exposição de pessoas cujas quais cometeram crimes que as punições já foram a muito sanadas, absolvidas ou envolvidas em casos que envolvem o âmbito penal brasileiro, analisando-se, por fim, qual direito deve prevalecer no tocante a antinomia constitucional encontrada. Neste diapasão, levanta-se a discussão acerca de quem possui o ‘direito maior’: o homem ou o que por ele foi criado. Não olvidando, desta forma, que a intervenção do Poder Judiciário se faça necessária, deve ser analisado cada caso concreto e, amparando-se em princípios como o da razoabilidade, deve ser analisado se o que estava em pauta midiática era de relevante interesse social, objetivando-se concluir qual direito deve, enfim, prosperar.

Palavras-chave: Liberdade de Imprensa; Direito ao Esquecimento; Princípio da Dignidade da Pessoa Humana; Direitos da Personalidade.

I INTRODUÇÃO

Os atos cometidos no passado são dignos de ecoarem para sempre, de modo a se tornarem punições eternas?

Um minucioso conceito sobre esta temática seria a de que o réu, condenado pela prática de um ato ilícito tipificado como crime, após cumprir a pena que lhe foi imposta, passa a ter o direito de ser esquecido por todos. Ressalta-se que os que foram absolvidos pela suposta prática de atos ilícitos e todos os demais envolvidos por motivos diversos recebem, em tese, o mesmo direito.

Salienta-se, com mensurada importância, que o tema entrou em pauta com maior contundência em março de 2013, na VI Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal (CJF), no enunciado 531, estabelecendo que “[...] a tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”.

Ademais, muito embora o direito de ser esquecido esteja em uma nova fase de discussão no âmbito doutrinário, engana-se quem pensa que a temática é nova nos tribunais brasileiros. Este assunto já esteve em pauta em meados dos anos 90, contudo, chegou à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) apenas no ano de 2013, momento em que passou a merecer uma dilatação de olhares mais rígida. Isto porque o fato das pessoas infratoras da lei serem esquecidas pela imprensa, ordem e opinião pública, bem como pela sociedade de um modo generalizado, tornou-se assunto polêmico no ordenamento jurídico brasileiro,

acarretando inúmeras controvérsias protagonistas de interessantes debates entre renomados juristas.

De outra banda, com a acelerada globalização universal, até mesmo os atos mais simples e corriqueiros da vida pessoal podem ser divulgados em escala global numa velocidade impressionante. Uma foto, por exemplo, propaga-se através das mídias sociais com impensada rapidez. Fatos praticados na infância ou adolescência, até já esquecidos, podem ser resgatados, passando a ser comum na presente era tecnológica com a digitalização de arquivos antigos e inseridos na “rede”, ocasionando diversos danos, além dos já causados em épocas pretéritas.

Radicalizada nos direitos da personalidade, vinculados com a honra e a moral do autor, a questão transita com prioridade entre o Direito Penal e o Direito Constitucional com fortes conexões relativas ao interesse da pauta midiática à coletividade: o direito de não ser lembrado eternamente pelo equívoco pretérito ou por situações constrangedoras é uma forma de proteger a dignidade da pessoa humana.

Não existirá liberdade a partir do momento em que textos legais permitam ao homem deixar de ser pessoa e passar a ser considerado um objeto. Este é o fundamento do princípio da dignidade da pessoa humana que está consagrado no art. 1º, inciso III da CF/88 e tem como marco histórico a obra "Dos Delitos e das Penas", de Beccaria. Em 1988, a CF erigiu o princípio a valor fundamental.

Contudo, impedir a imprensa em todos seus meios de comunicação com a sociedade de exercer a liberdade de expressão, causaria a possibilidade de perda da história concreta (toma-se como exemplo a Chacina da Candelária), bem como a violação da preservação do interesse

coletivo, possibilitando a extinção de programas policias e a ausência de registros sobre crimes perversos cometidos no espaço brasileiro.

Pontua-se, de outra banda, que acolhidos pela Constituição Federal de 1988, estão sujeitos ao esquecimento fatos ilegais que já tiveram sanadas suas sanções ou extinta sua punibilidade, baseando-se na inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas. Não podendo, pois, ser eterna qualquer tipo de informação. Ressalta-se: não existe pena perpétua no Brasil.

Data vênua, um dos muitos relevantes argumentos contra a aplicação da tese do Direito ao Esquecimento é: se um fato era ilícito à época em que foi cometido, o passar do tempo não pode torná-lo lícito, de modo com que seja esquecido. Fosse assim, argumentam os opositores, fatos históricos prescreveriam.

Em suma, referido tema é amplamente discutido no cenário jurídico, originando-se na esfera criminal, e atualmente estendendo-se nas demais áreas do Direito, possibilitando o surgimento de análises divergentes no que tange a teoria do direito de ser esquecido em virtude da extinção de sua punibilidade.

2 MÉTODO

Para o melhor desenvolvimento deste artigo, o método utilizado foi o indutivo, onde as partes do fenômeno de ser esquecido foram individualmente estudadas e identificadas de maneira a passar uma percepção geral do assunto.

O método escolhido baseia-se na generalização de propriedades comuns a certo número de casos e a todas as ocorrências de fatos similares que os englobam. Assim, o grau de confirmação dos enunciados

traduzidos depende das evidências ocorrentes. De acordo com Ferreira (1998, p. 93): “Galileu foi o precursor desse método – indução experimental - através do qual se chega a uma lei geral por intermédio da observação de certo número de casos particulares até as leis e teorias”. Portanto, o método indutivo é aquele que, ao partir de premissas menores pode-se chegar às generalidades.

Nas palavras de Cruz e Ribeiro (2003, p. 34):

A indução é um método válido, porém não é infalível. Por exemplo, por muito tempo pensou-se que a ordem de peixes celacantos estava extinta, porque elas eram conhecidas apenas por fósseis de 200 milhões de anos. Entretanto, em 1938, na costa da África do Sul, um celacanto foi pescado, o que demonstrou que a indução feita pelos paleontólogos estava errada. Assim, para descartar uma indução basta que um fato a contradiga.

É importante ressaltar que a indução, antes de tudo, é uma forma de raciocínio ou de argumentação; portanto, forma de reflexão e não, de simples pensamento. Conforme Oliveira (1997, p. 60):

Apesar das grandes discussões levantadas no século XIX sobre o assunto, a indução é o método científico por excelência e, por isso mesmo, é o método fundamental das ciências naturais e sociais.

Portanto, a indução não é um raciocínio único: ela compreende um conjunto de procedimentos, uns empíricos, outros lógicos e outros intuitivos.

Para Aluísio José Maria de Souza (1976, p. 64), a força indutiva dos argumentos por enumeração tem como justificativa os seguintes princípios:

1. quanto maior a amostra, maior a força indutiva do argumento;
2. quanto mais representativa a amostra, maior a força indutiva do argumento.

No entendimento de Régis Jolivet (1979, p. 89) o problema da indução científica é apenas um caso particular do problema geral do conhecimento abstrato, pois a lei científica não é mais do que um fato geral, abstraído da experiência sensível.

Deste modo, o estudo foi seccionado em três capítulos para uma melhor compreensão do tema. No primeiro, serão abordadas as características e historicidade do “Direito ao Esquecimento”. Posteriormente, o segundo capítulo traz a baila informações pertinentes à liberdade midiática e suas delimitações. Por fim, apresenta-se o conflito gerado ante a antinomia constitucional encontrada, representando a problemática do presente artigo.

Não são raros os casos em que o exercício do direito de informar provoca efeitos devastadores, desafiando a doutrina e jurisprudência. Diante disso, o estudo visa demonstrar a relevância constitucional do tema, apontando as possíveis soluções para dirimir o conflito de normas existente que, não raro, ocorre entre liberdade de imprensa e os direitos da personalidade.

3 DIREITO AO ESQUECIMENTO

3.1 CONCEITUAÇÃO E HISTORICIDADE

O direito de ser esquecido é reconhecido internacionalmente, no entanto, muito embora já tenha sido pautado em épocas passadas, o direito à possibilidade de apagar informações sobre a pessoa vem sendo objeto de estudo e discussão no cenário jurídico brasileiro.

Em um primeiro momento, recebeu uma dilação de olhares com a edição do Enunciado 531 da Jornada de Direito Civil em 2013 e, posteriormente, frente a dois julgados pleiteando indenização por danos morais em virtude do conflito entre o direito de ser esquecido com a liberdade de imprensa que deram início a importantes debates no Superior Tribunal de Justiça, dando abertura para o tema ser enfrentado em Cortes Inferiores e doutrinas brasileiras.

Acerca da edição do Enunciado 531 supramencionado, importante se faz sua transcrição na íntegra:

Enunciado 531 – A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento.

Artigo: 11 do Código Civil

Justificativa: Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. **Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização.** Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais

especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados. (grifa-se)

Os julgados pontuaram a necessidade primordial de interpretação da Constituição da República Federativa do Brasil, de modo que deve ser observado o compromisso ético com a informação veiculada, bem como a preservação dos direitos da personalidade.

De outra banda, pontua-se que se tratando de uma notícia verídica e de relevante interesse social, deve ser observada a violação à liberdade de expressão, possibilidade de perda da história concreta, privilégio de memória individual em detrimento com o da coletividade, ausência de registros de crimes perversos e a extinção de importantes programas policiais.

Contudo, a liberdade midiática confronta-se corriqueiramente com os direitos de personalidade, os quais possuem como base o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, onde, em tese, não poderia haver exceção no sentido de violá-la, de modo a favorecer a informação acima de qualquer outro direito.

Sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, vale o comentário do advogado Luiz Lopes de Souza Júnior (2014):

A dignidade da pessoa humana é um valor. Ser valor é quando a sociedade conclui sobre uma determinada prática, padronizando e considerando-a fundamental para a convivência quando a CF logo nos aponta uma questão importante, ex: os valores sociais do trabalho, que abrem espaço para um signo de Estado democrático. É esse princípio que norteia

os demais princípios. **É ele a base dos demais princípios**, a partir *caput* do art. 5º, ao qual, Francisco de Campos elegeu como o princípio que deveria nortear os outros. Ele é integrativo, completa os demais princípios. (grifei).

No mesmo sentido, merece transcrição o pensamento do jurista Alexandre de Moraes (2003, p. 50):

A dignidade da pessoa humana: concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a idéia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

No tocante ao impacto que terão as futuras jurisprudências sobre o tema, importante se faz a compreensão do direito de ser esquecido perante

a imprensa, baseando-se em casos concretos e até mesmo em preceitos internacionais que, de alguma forma, motivaram seu reconhecimento.

3.2 DIREITOS DA PERSONALIDADE: DEVER DE ESQUECER

Ao se questionar sobre o progresso do ser humano e seus direitos primordiais, Norberto Bobbio concluiu que não existe uma resposta única aos problemas humanos, e nesta trilha de raciocínio, não se faz possível apresentar uma única solução frente ao direito de ser esquecido (BOBBIO, 1992). Ora, o Direito passa por constantes transformações e não pode ser tratado como imutável!

Ademais, a intensa preocupação por parte dos magistrados em proteger a intimidade e a vida privada das pessoas – diretamente ligadas à honra e à imagem –, os fez pensar em estratégias capazes de apagar fatos pretéritos, dilatando o espaço de discussão para determinar até onde vai a liberdade e privacidade de alguém, bem como até onde a imprensa pode interferir neste espaço íntimo.

A doutrina encontra, de certo modo, dificuldade para tornar padrão um conceito sobre o “dever de esquecer”, no entanto, **reportam-se ao consenso de que uma pessoa não é obrigada a conviver pelo resto dos seus dias com erros cometidos em épocas pretéritas**. Uma possível solução no tocante ao abuso da liberdade de imprensa tem sido o uso por magistrados do princípio da razoabilidade, analisando-se cada caso concreto com cuidado extremo.

Com a repercussão acerca de ser ou não esquecido no meio em que vive, no início do ano de 2013 verificou-se a necessidade de trazer o tema ao ordenamento jurídico pátrio com maior contundência. Assim sendo, foi inserido de forma inédita em uma corte superior de justiça brasileira. A

tese do dito “Direito ao Esquecimento”, trazida a baila, como anteriormente mencionado, através do Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil, produzida através do Conselho da Justiça Federal (CJF), determinou que dentre os direitos protegidos no que diz respeito à personalidade da pessoa humana, deve estar o direito de ser esquecido.

Tira-se a conclusão que a intenção do Enunciado em apreço, ao aplicar a tese do “Direito ao Esquecimento”, é a de que o Estado não apenas estará protegendo a intimidade e a vida privada das pessoas envolvidas, como também estará apagando o passado delas, de modo a se tornar nulo, insignificante. Entretanto, conforme entendem alguns juristas, a disposição de toda e qualquer informação a mercê do público se justifica e obedece ao preceito constitucional da liberdade de imprensa e, ainda que esse preceito não fosse devidamente observado, com a inclusão da nova era digital as informações acabam se tornando eternas por si só, triplicando seu alcance evidentemente por muito mais tempo. Ou seja, o marco da nova era digital acaba transformando informações que por muitas vezes já estão esquecidas em “memória recapturada”, fazendo-se entender que nada se apaga e tudo se resgata.

Supostamente, os primeiros rumores quanto ao direito de ser esquecido surgiram no âmbito penal, visto que o autor de um fato ilícito que cumpriu a punição que lhe foi imposta não poderá ser eternamente condenado, ou seja, lembrado pela mídia a qualquer tempo. Ora, de pronto que isso contraria o principal objetivo do Estado com os ex-detentos: a ressocialização. Como poderá um ex-detento ter uma vida de paz, sabendo que a qualquer momento poderá viver em uma tormenta trazida por jornais, rádio ou programas policiais?

Acerca da difícil ressocialização do ex-detento, importante se faz o comentário de Paula Costa Bonini (2013):

A dificuldade de ressocialização é um problema enfrentado por todo ex-detento. Independentemente do crime cometido, ao ter a liberdade garantida, o egresso esbarra no preconceito de uma sociedade que não está preparada para recebê-lo. Recente pesquisa da Fundação Perseu Abramo revela que quem já cumpriu pena atrás das grades desperta repulsa ou ódio em 5% dos brasileiros, antipatia em 16% e indiferença em 56%. O estudo mostrou ainda que 21% das pessoas não querem encontrar ou conviver com um ex-presidiário. Um dos grandes desafios encontrados é conseguir um espaço no mercado de trabalho. A maioria dos empresários tem receio de contratar um ex-detento. Poucos oferecem uma oportunidade

Ainda, Antonio García-Pablos y Molina (1988, apud BITENCOURT, 2000, p. 5) afirma que:

A pena não ressocializa, mas estigmatiza, não limpa, mas macula, como tantas vezes se tem lembrado aos expiacionistas: que é mais difícil ressocializar a uma pessoa que sofreu uma pena do que outra que não teve essa amarga experiência; que

a sociedade não pergunta por que uma pessoa esteve em um estabelecimento penitenciário, mas tão-somente se lá esteve ou não.

Logo, resta a pergunta: se a ressocialização, por si só, já é um passo largo para ex-presidiários e o objetivo principal do Estado, como será possível o fazer sem o fato ilícito que por ele já foi sanado seja, em tese, esquecido?

No mesmo sentido, conclui o Conselho da Justiça Federal que a exposição eterna de fatos ilícitos pretéritos contraria a Constituição Federal de 1988, **a qual veda a aplicação de penas perpétuas**. Um importante passo para ressocialização do ex-detento seria o esquecimento de crimes cometidos no passado e já sanados por meio da punição imposta pelo Código Penal, não permitindo que sejam perpetrados anos depois com o intuito de prejudicar o cidadão que, em tese, ganhou um novo espaço na sociedade, infringindo o princípio da dignidade da pessoa humana, que além de ser protegido pela Constituição Federal, é um princípio fundamental brasileiro, base de todos os demais direitos do homem.

De outra banda, o direito de ser esquecido – incluído nos direitos da personalidade – conquista um espaço de maior dimensão se forem observados os fatores de relevância social: a importância que determinados acontecimentos possuem para a sociedade a qual fazem parte. Tomam-se como exemplo crimes políticos, onde figuras públicas eleitas e possuidoras da confiança de uma nação cometem crimes por meio de bens públicos. Tais representantes políticos mereceriam o esquecimento midiático? O mensalão, maior crime político da história

nacional, merece ser deixado no tempo como se nunca tivesse existido para assegurar a vida privada, honra e imagem dos condenados?

Esta discussão é o ponto crucial para maiores cuidados com o tema, visto que se não existe pena perpétua para um, não existirá para os demais. Este é o preceito constitucional, é o que, em tese, deve ser obedecido. No entanto, a finalidade do uso de informações pretéritas em prol da sociedade também pode ser vista como uma forma de liberdade de imprensa em defesa à honra de um todo, explica-se: em crimes políticos, onde os infratores eram, até então, cidadãos eleitos pelo povo, possuidores de confiança incontestável e de bens públicos de suma importância, violam a honra de inúmeros eleitores, enganados pela sujeira escondida se não fosse a imprensa, não sendo justo o esquecimento à pessoas que juraram sob a Constituição Federativa do Brasil representar o país com lealdade.

Nesse sentido, o conceito de honra divide-se em duas vertentes: a honra interna (subjéitiva), que nada mais é que o amor-próprio e o sentimento sobre a própria dignidade; e a honra externa (objéitiva), que seria o que o indivíduo desfruta perante a sociedade, é o apreço, o respeito que devota, a reputação que ostenta e a consideração alheia. A honra, por cuja violação se responde, é o poder que cada um tem de se auto valorizar perante suas atitudes. Todos são possuidores de honra, visto que esta é uma propriedade da pessoa humana.

A renomada jurista Maria Helena Diniz (1998, p. 738), ao falar sobre a honra, pondera que:

- É um bem jurídico que apresenta dois aspectos:
- a) um subjéitivo, o qual designa o sentimento da

própria dignidade moral, nascido da consciência de nossas virtudes ou de nosso valor moral, isto é, a honra em sentido estrito; b) um objetivo, representado pela estimação que outrem faz de nossas qualidades morais e de nosso valor social, indicando a boa reputação moral e profissional que pode ser afetada pela injúria, calúnia ou difamação.

De todo modo, o Enunciado 531 foi criado com o intuito de assegurar a vida privada, honra e imagem do autor de um ato infracional que teve sua punibilidade extinta em virtude do cumprimento de sentença, bem como aos familiares e demais envolvidos em crimes elencados no diploma penal brasileiro, subtendendo-se que estes não querem ter sua vida pretérita exposta ao público, muito menos recordar dores passadas, feridas abertas.

Bem alerta Álvaro Antônio do Cabo Notaroberto Barbosa (1989, p. 104) acerca da intimidade da pessoa humana: “Vivemos uma era de que justamente se caracteriza pela imagem, por seu impacto, por sua força, por sua presença dominante, e por isso não pode bem tão valioso ficar em desabrigo”.

Eliana Calmon, renomada ministra do STJ, em entrevista especial à rádio da suprema corte, disponibilizada no seu domínio eletrônico, ponderou que o cidadão do século XXI tem como um dos problemas mais severos a quebra da sua privacidade, justificando que a sociedade moderna impõe uma vigilância constante (CALMON, 2013).

Assim sendo, denota-se que a informação, qualquer que seja, não deixa de ser privada ainda que disponibilizada em meios públicos, de

modo que sua circulação pode ser prontamente extinta, garantindo, assim, **uma necessidade do tempo moderno.**

No tocante à privacidade, vale a doutrina de Elimar Szaniawski (1993, p. 78):

O Direito subjetivo que consiste no poder de toda pessoa assegurar a proteção dos interesses extrapatrimoniais, de impedir a intrusão, a divulgação e a investigação na sua vida privada, **garantindo a paz**, a liberdade da vida pessoal e familiar, criando o dever jurídico em relação a terceiros de não se imiscuírem na vida privada alheia. (grifei)

Em entrevista à revista “Brasília em Dia”, da mesma forma, o desembargador federal Rogério de Meneses Fialho Moreira (2013), atuante no Tribunal Regional Federal da 5ª Região, que coordenou a Comissão da Parte Geral do Código Civil ao longo da VI Jornada, manifestou que seria essa a única visão adequada do instituto, objetivando garantir a proteção da intimidade do indivíduo, sem a contingência de exclusão das informações de interesse público. Transcreve-se:

No campo criminal, a reabilitação apaga completamente os efeitos do crime cometido. Mas no mundo dos fatos, não se pode negar que o evento ocorreu. Quando o crime foi de repercussão midiática, ainda mais difícil se torna a solução. Muitas vezes o fato ganha repercussão de tal monta que se torna parte da história ou ainda inspira

produção literária e cinematográfica. Os provedores de pesquisa na internet poderiam, por exemplo, bloquear a menção ao nome de Ronald Biggs quando a busca demanda a frase “assalto ao trem pagador”? O nome do coronel Ubiratan Guimarães, que restou absolvido e hoje é falecido, poderia ser suprimido das matérias jornalísticas a respeito do julgamento, dias atrás, de outros policiais pelo chamado “massacre do Carandiru”? Os réus condenados na ação principal atinente ao furto ao Banco Central, em Fortaleza, após dois anos do cumprimento da pena, poderiam pleitear a retirada de seus nomes de toda a sociedade da informação, quando até mesmo um filme com atores consagrados nacionalmente foi feito a respeito do episódio? A resposta, evidentemente, seria negativa. Nessas hipóteses, o direito à informação e à preservação da história deve ter a primazia em relação ao resguardo da imagem dos envolvidos, pois não se trata de fatos atinentes à privacidade ou à vida íntima.

Em suma, o digníssimo desembargador concluiu que **a preservação da história possui hegemonia sobre a privacidade dos envolvidos, isto porque está presente o interesse público e coletivo, de modo que o esquecimento caberá tão somente a fatos socialmente irrelevantes.**

No mesmo sentido, o ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello (2009), atuante no Supremo Tribunal Federal, acentuou que os conflitos entre a liberdade de informação e os direitos da personalidade, entre eles os relativos à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem devem ser resolvidos em favor do interesse público, afirmando que:

O interesse coletivo se sobrepõe ao interesse individual e não posso admitir que alguém que se coloque como candidato a um cargo de direção, como o de Presidente da República, simplesmente receie que alguma coisa acabe prejudicando sua caminhada. (grifei)

Ademais, é certo que a edição do Enunciado 531 não deve ser aplicada de modo unânime, visto que – como já dito – o Direito sofre variações constantemente. O direito de ser esquecido deve estar diretamente ligado a fatos históricos relevantes ao povo, significativos.

De todo modo, sabe-se que determinados acontecimentos, de tão chocantes, acabam-se tornando inesquecíveis, impossíveis de se esquecer. Contudo, tais acontecimentos ficam resguardados no interior da própria existência, por vezes cicatrizados, evitando maiores dores. Como há muito ensinou Freud (2004, p. 430): “A própria existência da pessoa é pautada por processo de remoção de fatos traumáticos que ficam retidos no inconsciente humano, de forma que a consciência da pessoa possa sobreviver sem a dor de eventos indesejados”.

Proteger a dignidade da pessoa humana, englobando-se todos os direitos da personalidade inseridos no artigo 11 do Código Civil, bem como no artigo 5º da Constituição Federal, foi o objetivo do Enunciado

em questão, de modo a resguardar vítimas da era digital e prevenir abusos por parte da imprensa.

Ainda, o direito ao esquecimento está profundamente ligado ao princípio de ser livre “[...] consubstanciando, cada vez mais, numa perspectiva de privacidade, de intimidade, de exercício da vida privada. Liberdade significa, hoje, poder realizar, sem interferências de qualquer gênero, as próprias escolhas individuais, exercendo-as como melhor conviver” (SARLET, 2006, p. 107).

Desta forma, não há que se falar em qual direito deve prevalecer, partindo da permissa que ambos estão amparados pelo ordenamento jurídico de maior hierarquia brasileira, mas sim no limite de alcance entre um e outro, valendo-se da interpretação de cada caso concreto e, por vezes, utilizando-se do princípio da razoabilidade. Aliás, como bem menciona Nery Júnior (2000, p. 155), o princípio supramencionado possui grande influência sobre o Supremo Tribunal Federal.

Portanto, a análise crítica de cada caso é o que vai, em primeiro plano, solucionar a antinomia entre os dois preceitos constitucionais: “Ponderar caso a caso os valores em jogo (pois), pode ocorrer que o direito ao esquecimento deva ser sacrificado em prol da liberdade de informação” (KHOURI, 2013, p. 463), ou vice-versa.

De outro vértice, alguns advogados, como Alexandre Fidalgo, Manuel Alceu Affonso Ferreira e Luiz de Camargo, especializados em direito de informação, em entrevista feita para a Revista Consultor Jurídico, no ano de 2013, demonstraram certa apreensão – o que não é de se gerar espanto – no sentido de que o Enunciado 531 possa dar

desimpedimento a fatos históricos desaparecerem com ajuda da tutela estatal.

As críticas de maior relevância vão no sentido de que a interpretação do direito ao esquecimento dá livre arbítrio para toda e qualquer informação ser deixada para sempre, como se nunca tivesse existido, ocasionando regressão no âmbito penal brasileiro no tocante aos crimes perversos, por exemplo, já acontecidos, introduzindo indiretamente a censura vedada pela Constituição Federal.

No entanto, esta permissa varia do ângulo em que é analisada. Não existem justificativas plausíveis, por exemplo, para omitir a identidade do infrator de um ato ilícito onde esteja envolvido o interesse público, principalmente no que tange as figuras públicas conhecidas do povo, merecedoras de conhecer o caráter das pessoas que possuem acesso de bens públicos. Contudo, o zelo jornalístico é medida que se impõe, visto que o direito de ser esquecido perde sua convicção no momento em que é extrapolado.

De modo contrário, são as palavras do advogado Alexandre Fidalgo – que tem entre seus clientes a Editora Abril – em entrevista à Revista Consultor Jurídico, disponível no seu domínio eletrônico: “Penso que esse entendimento constitui inquestionável censura e encontra na Constituição Federal a impossibilidade de avançar. O tempo não muda — e não pode mudar — uma notícia que era, ao momento de sua publicação, lícita. Não é a idade da notícia que a torna ilícita”, ensina o advogado. Em sua interpretação, se o direito ao esquecimento for interpretado de forma excessiva, “em breve serão retirados dos repertórios os dramas do mundo,

como guerras e holocaustos, simplesmente porque vitimam a consciência de pessoas e das nações” (FIDALGO, 2013).

Para o advogado Luiz de Camargo Aranha Neto (2013), defensor da TV Globo e da Editora Globo em São Paulo, a pessoa tem todo o direito de não querer que seu nome volte a aparecer relacionado a questões passadas, como o cometimento de um crime pelo qual já pagou. “Mas se ela faz parte de uma história, de um contexto e aquele crime também, não vejo porque não falar no nome dela”, resume. Ele cita o caso de Suzane Von Richthofen, condenada por ter mandado matar os pais, cujo caso ainda vai ser lembrado por muitos anos.

De todo modo, foi através das inúmeras interpretações do “Direito ao Esquecimento” que se fundaram as decisões do Superior Tribunal de Justiça que deram origem à aplicação do instituto na ordem brasileira – e que inspiraram este trabalho – apoiando-se no explicado preceito criado de que as pessoas tem o direito de serem esquecidas, no sentido de que os atos que praticaram no passado não podem ser revividos a qualquer tempo, de modo alheio a sua vontade, ainda que tenham sido, quando da ocorrência do evento, legitimamente publicados pela imprensa, por fazerem parte do reconhecido interesse público à época.

Incontáveis críticas ao direito de ser esquecido levam a crer que a personalidade do indivíduo não é afetada quando a imprensa traz a tona atos que foram por ele praticados conscientemente. Analisando-se a personalidade, subentende-se que esta é uma garantia adquirida pela pessoa humana ao nascer, **de modo que não possa ser violada nos anos subsequentes.**

A personalidade é objeto de direito, é o primeiro bem da pessoa, como bem ensina Maria Helena Diniz, no lastro de Godofredo da Silva Telles (1993, p. 81):

A personalidade consiste no conjunto de caracteres da própria pessoa. [...] A personalidade é que apoia os direitos e deveres que dela irradiam, é objeto de direito, é o primeiro bem da pessoa, que lhe pertence como primeira utilidade, para que ela possa ser o que é, para sobreviver e se adaptar às condições do ambiente em que se encontra, servindo-lhe de critério para aferir, adquirir e ordenar outros bens.

Nesta trilha de raciocínio, Carlos Alberto Bittar pondera (1989, p. 07):

Direitos reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade, previstos no ordenamento jurídico exatamente para a defesa de valores inatos no homem, como a vida, a higidez física, a intimidade, a honra, a intelectualidade e tantos outros.

A partir da Constituição Federal de 1988, houve um despertar maior para o reconhecimento dos direitos da personalidade. Tanto é assim que se tem admitido a adoção do conceito de um direito geral de personalidade, tendo em vista que a Constituição Federal elevou a dignidade da pessoa humana – em amplo sentido – à condição de um de seus princípios fundamentais, e ao fazê-lo, optou de forma clara pela

defesa geral da personalidade, prevendo, sabiamente, como princípio primordial e alicerce da justiça brasileira, conforme estabelece o art. 1º, inciso III da Carta Magna.

Desta forma, entende-se que a pessoa é o valor principal, do qual decorrem todos os demais direitos, como bem entende Edilson Pereira de Farias (1996, p. 47):

O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana refere-se às exigências básicas do ser humano no sentido de que ao homem concreto sejam oferecidos os recursos de que dispõe a sociedade para a manutenção de uma existência digna, bem como propiciadas as condições indispensáveis para o desenvolvimento de suas potencialidades.

Assim, vê-se que a pessoa é o começo e fim da sociedade e do Estado, e a Constituição Federal tem por finalidade a proteção de sua dignidade.

O artigo 5º, inciso X da Constituição Federal consagra o direito à vida privada e à intimidade – ao lado da honra e da imagem –, e trouxe a baila o desafio de indicar seus contornos e limites.

Celso Bastos (1989, p. 61) lembra que a noção de privacidade é dada pela conjugação dos fatores de época e lugar, o que torna a proteção do dispositivo constitucional “um campo difícil de demarcar precisão”; assim, utiliza indistintamente os termos privacidade, vida particular e vida íntima das pessoas para referir-se à intimidade.

De outra banda, Gilberto Jabur (2000, p. 256) ensina que “[...] O direito à vida privada posiciona-se como gênero ao qual pertencem o

direito à intimidade e o direito ao segredo. A vida privada é a esfera que concentra, em escala decrescente, outros direitos relativos à restrição de vida pessoal de cada um [...]"

Portanto, apesar de o “Direito ao Esquecimento” já ser aplicado em alguns casos brasileiros, ainda há que se determinar a sua amplitude, ou ainda discutir a necessidade de sua existência, para que não haja arbitrariedades. Ainda, há que se definir formas de garantir sua efetividade, caso se decida por sua legítima aplicação, especialmente no que concerne a internet e a sociedade da informação, motivos pelos quais este direito foi criado.

Assim sendo, a Constituição Federal deu um consagrado passo, visto que a dignidade da pessoa humana nada mais é que a base de todos os demais valores morais existentes e é a essência de todos os direitos personalíssimos. O direito à honra, à imagem, à privacidade ou qualquer outro existente no ordenamento jurídico pátrio estão diretamente ligados ao princípio da dignidade da pessoa humana, englobando-se, assim, um verdadeiro fundamento de cada preceito constitucional relativo aos direitos da pessoa.

3.3 PRELÚDIO DO ESQUECIMENTO BRASILEIRO: CHACINA DA CANDELÁRIA

Indagando-se fielmente o contido no Enunciado 531 – amplamente debatido nos tópicos anteriores –, bem como os direitos da personalidade englobados com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III, CF) em encontro com a tese do direito de ser esquecido, a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por decisão de maioria, em 2013, aplicou a tese do “Direito ao Esquecimento” em duas

decisões independentes (Recursos Especiais n. 1.334.097/RJ e 1.335.153/RJ), ambas relatadas pelo Ministro Luis Felipe Salomão. Por hora, merecendo atenção, será exposta a análise do caso da “Chacina da Candelária”.

Um cidadão foi indiciado como partícipe da sequência de homicídios ocorridos na noite de 23 de julho de 1993: uma [chacina](#) que ocorreu próximo à [Igreja da Candelária](#), localizada no centro da cidade do [Rio de Janeiro](#). Neste [crime](#) – mundialmente conhecido como a Chacina da Candelária –, oito jovens (seis [menores](#) e dois maiores de idade), [sem-teto](#), foram brutalmente assassinados.

Contudo, submetido a Júri Popular, **foi absolvido por negativa de autoria pela unanimidade dos membros do Conselho de Sentença**. Entretanto, no ano de 2006, 13 anos após a barbárie, repórteres do programa *Linha Direta-Justiça*, pertencente à Globo Comunicações e Participações S/A, o procuraram para possível entrevista sobre a Chacina da Candelária, despertando dores passadas e trazendo a tona inúmeros sofrimentos a vida do cidadão absolvido de todas as acusações referentes ao caso.

O programa reabriu feridas e o expôs do céu ao inferno em fração de minutos. Um cidadão que até então estava feliz no meio em que vivia foi repugnado ao ódio da sociedade, sendo considerado um chacinador. Por ser visto como um criminoso teve que vender seus bens, pois perdeu o emprego e não mais conseguiu se recolocar no mercado de trabalho. Ainda, mudou de domicílio, a fim de evitar a morte pelas mãos de justiceiros e traficantes. A pessoa é tão atingida que não consegue uma terceira chance.

Isto posto, munido de pleno direito, tal situação o levou a bater às portas do Poder Judiciário, certo de que merecia ser esquecido por atos passados que restaram comprovados não ter cometido e possuindo direito ao anonimato. Pleiteou danos morais contra a Globo Comunicações e Participações S/A, objetivando a criação, se não de um novo direito, ao menos de um novo conceito na ordem jurídica nacional. Em primeiro grau, o Juízo de Direito da 3ª Vara Cível da Comarca da Capital/RJ julgou improcedente o pedido do autor, sob o argumento de confrontar a Liberdade Midiática e o direito à informação.

Ainda, considerou-se que: “O programa pertencente à Globo Comunicações e Participações S/A não agiu com dolo de causar dano, tampouco ocasionou laivo à imagem ou honra do autor da ação na medida em que retratou fielmente o ocorrido, deixando clara a inocência do investigado, que se tornou fato de extrema importância no relato da conturbada investigação policial que levou à acusação de três inocentes, entre os quais, o autor” (TJ/RJ, 2009).

Julgado improcedente pelo juízo de primeiro grau, o pedido foi então acolhido em sede de apelação. Interposto, no entanto, recurso especial pela Rede Globo de Televisão, o caso chegou ao STJ, onde passou à relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, **que decidiu pela proteção da personalidade do autor em detrimento da liberdade constitucionalmente deferida à sua parte adversa.**

Ainda, reforçou a decisão sob o argumento de que **a programação das emissoras deve atender ao respeito aos valores éticos sociais da pessoa e da família, porque longe de acolher a prevalência constante do interesse coletivo sobre o particular, preocupa-se a Constituição**

em preservar o indivíduo, dotando-lhe de uma esfera mínima de proteção capaz de assegurar sua felicidade, objeto legítimo de desejo por todos e nesta qualidade protegidos pelo Estado (TJ/RJ, 2008, p. 4).
(grifa-se)

No mesmo sentido, são as palavras de Eduardo Gusmão Alves de Brito Neto:

Se o homem foi condenado e cumpriu sua pena, é de se indagar sobre a legitimidade da invasão pela imprensa de sua privacidade, de sua imagem, em um eterno recordar que impedem a um só tempo a ressocialização do indivíduo e a superação dos fantasmas do passado e de seus próprios erros. É de se indagar, em outras palavras, se o cidadão não tem o direito de ser definitivamente perdoado quando cumpriu a sanção imposta pela sociedade ou, em caso mais flagrante, quando foi criminalmente absolvido por seus próprios pares em julgamento no qual se deu à sociedade a oportunidade de provar o contrário.

Todavia, contra esta regra devem ser erguidas necessárias barreiras de proteção ao cidadão. Assim, por exemplo, não se justifica o retorno ao passado com a divulgação de nomes dos envolvidos se o réu foi absolvido e o episódio, embora marcante e hediondo, possa ser contado sem a revelação de sua presente identidade. Porque ao lado do direito

coletivo de conhecer os fatos do passado, há também aquele inerente à dignidade da pessoa humana, de não ter a existência sacrificada por um erro judiciário ou pela notoriedade que o episódio involuntariamente conquistou.

E concluindo com o pensamento de inegável sabedoria:

Penso que esta seja a hipótese dos autos. O crime da Candelária teve os seus culpados e estes foram condenados. **Quem queira recontar a estória, que o faça preservando o anonimato daqueles que foram absolvidos. Estes têm o direito de serem esquecidos, nada justificando o sacrifício de sua própria vida, além da tomada daqueles anos durante os quais tramitou o processo.** (TJ/RJ,2008, p. 4-5). (grifei)

Identificaram os julgadores que por mais que a informação assegure a liberdade de imprensa, a integridade do patrimônio moral das pessoas deve ser preservada, não podendo perdurar por anos histórias e sofrimentos pretéritos, seja para aqueles que foram condenados, seja, por óbvio, os que foram absolvidos. Ou seja, as pessoas possuem o direito de serem esquecidas pela opinião pública e pela imprensa, derivando-se da dignidade da pessoa humana, assim como o “direito de alcançar a felicidade”.

Em sentido contrário, o desembargador Marco Aurélio Bezerra de Melo pondera que o direito de ser esquecido é fator preocupante se levar em conta a perda da história nacional, motivo pelo qual deva ser contada e

relembrada à sociedade de modo completo, e não pela metade (TJ/RJ, 2009).

No entanto, nas palavras de Eduardo Gusmão Alves de Brito Neto (2008, p. 05):

Estou convencido, da leitura dos precedentes e destas últimas lições doutrinárias, além de outras, da necessidade de se chegar a uma interpretação de compromisso entre os interesses. Não há como negar, com efeito, que certos episódios históricos são, ao final, bem como seus participantes, insuscetíveis de serem esquecidos. São fatos que se prendem à própria essência de um povo ou marcaram de forma indelével a história, que a seu turno há de ser recontada para formação da identidade cultural do país. Não há, por exemplo, como falar da história americana sem mencionar o assassinato de Kennedy em novembro de 1963 por um homem chamado Lee Oswald. Tampouco é razoável supor a impossibilidade de lançar no esquecimento as circunstâncias que levaram à morte de Euclides da Cunha e mais tarde de seu próprio filho. Como Capitu e Bentinho, são todas estas pessoas reféns de um momento em que saíram do anonimato e entraram na história.

Opostos embargos infringentes, manteve-se o entendimento do tribunal, asseverando que se poderia ter desfigurado eletronicamente a

imagem do autor e usado de um pseudônimo para a veiculação da notícia, o que não deixaria menos informado o público e “consistiria em sacrifício mínimo à liberdade de expressão, em favor de um outro direito fundamental que, no caso concreto, merecia maior atenção e preponderância.” Esse direito mencionado seria o que os desembargadores consideraram como “Direito ao Esquecimento” ou o “direito de ser deixado em paz” (TJ/RJ, 2009, p. 7-8).

Vem a calhar um trecho do professor italiano Francesco Carnelutti (1995, p. 22), contido no seu “As Misérias do Processo Penal”:

O homem, quando é suspeito de um delito, é jogado às feras, como se dizia uma vez dos condenados oferecidos como alimento às feras. A fera, a indomável e insaciável fera, é a multidão. O artigo da Constituição, que se ilude de garantir a incolumidade do acusado, é praticamente inconciliável com aquele outro que sanciona a liberdade de imprensa. Logo que surge o suspeito, o acusado, a sua família, a sua casa, o seu trabalho são inquiridos, investigados, despídos na presença de todos. O indivíduo, assim, é feito em pedaços. **E o indivíduo, assim, lembremo-nos, é o único valor da civilização que deveria ser protegido.** (grifei)

Ainda que em fase de recurso especial a Globo Comunicações e Participações S/A tenha se utilizado da tese de que inexistia dever de indenizar visto à ausência de ilicitude, argumentando que documentários e entrevistas deste nicho são comuns, inclusive, bem como que não houve

invasão à privacidade/intimidade do recorrido, “porque os fatos noticiados já eram públicos e fartamente discutidos na sociedade, fazendo parte do acervo histórico do povo”, limitando-se a emissora a narrar os fatos ocorridos e apontando a inocência dos investigados (STJ, 2013), não obteve êxito frente ao direito primordialmente protegido: o cidadão antes da informação.

Por outro lado, seguiu-se com a apreciação da melhor forma de inserção do “Direito ao Esquecimento” ao ordenamento jurídico brasileiro, enfatizando-se publicações midiáticas, fazendo-se necessária uma análise técnica crítica no tocante a nova era digital. Deve-se levar em conta a identidade do infrator (direito de ser deixado em paz) ainda que prejudicada, em contrapartida, a imprensa.

Neste contexto, vale mencionar as palavras do Ministro Relator Luis Felipe Salomão. (STJ, 2013):

[...] mais grave que a venda ou a entrega graciosa da privacidade à arena pública como ocorre quando da disponibilização a público, pelo próprio indivíduo, de suas informações pessoais, como uma nova mercadoria para o consumo da coletividade, é sua expropriação contra a vontade do titular do direito, por vezes um anônimo que pretende assim permanecer.

A decisão do STJ, no caso em tela, aponta que a Carta Magna prioriza que **“o homem seja tratado como sujeito cujo valor supera ao de todas as coisas criadas por ele próprio (STJ, 2013, p. 22)”**. *Verbis*:

A cláusula constitucional da dignidade da pessoa humana garante que o homem seja tratado como sujeito cujo valor supera ao de todas as coisas criadas por ele próprio, como o mercado, a imprensa e até mesmo o Estado, edificando um núcleo intangível de proteção oponível *erga omnes*, circunstância que legitima, em uma ponderação de valores constitucionalmente protegidos, sempre em vista os parâmetros da proporcionalidade e razoabilidade, que algum sacrifício possa ser suportado, caso a caso, pelos titulares de outros bens e direitos.

Ao passo que a Constituição Federal protege a liberdade de expressão, o direito à informação e à liberdade de imprensa, também são por ela tutelados os direitos da personalidade, impondo-se limites no tocante à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas (art. 220, § 1º da CF), bem como impõe à emissoras de rádio e de televisão o “respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família” (art. 221, IV da CF).

4 A LIBERDADE MIDIÁTICA na carta MAGNA

A liberdade de informação, em sua essência, nasceu para satisfazer o interesse da coletividade na convivência dos indivíduos, na comunicação, na atualização e no desenvolvimento, bem como para intermediar a construção de uma sociedade com visão crítica, necessária para consolidar-se como democrática.

Constitucionalmente à liberdade de expressão, o direito à informação, à liberdade de imprensa, os direitos da personalidade são tutelados e

recebem a seguridade como os direitos e garantias fundamentais do cidadão. Dentro do patamar constitucional, estes se encontram em estado igualitário: o de princípios fundamentais do ordenamento jurídico brasileiro.

Dentro da categoria de direitos e garantias fundamentais, sobre a liberdade de imprensa, que apresenta as relatadas liberdades de expressão e informação, o artigo 5º aborda que:

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; [...]

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias; [...]

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; [...]

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional; (BRASIL, 1988).

Deste modo, o artigo 5º, XIV, tutela, no entendimento de alguns, que a livre circulação da informação está inclusa na liberdade por ela cedida. Em contrapartida, não são raros os casos em que a divulgação de uma notícia pelos órgãos de imprensa violam os direitos também protegidos pela Constituição Federal, como os direitos à honra, imagem e privacidade. Torna-se, assim, uma faca de dois gumes: de um lado, a imprensa com seu poder-dever de informar, de outro, a inviolabilidade da intimidade alheia.

Rui Barbosa (2004, p. 32), em brilhante passagem, afirmou que:

A imprensa é a vista da nação. Por ela é que a Nação acompanha o que lhe passa ao perto e ao longe, enxerga o que lhe malfazem, devassa o que lhe ocultam e tramam, colhe o que lhe sonégam, ou roubam, percebe onde lhe alvejam, ou nodoam, mede o que lhe cerceiam, ou destroem, vela pelo que lhe interessa, e se acautela do que a ameaça. Um país de imprensa degenerada ou degenerescente é, portanto, um país cego e um país miasmado, um país de idéias falsas e sentimentos pervertidos, um país que, explorado na sua consciência, não poderá lutar com os vícios, que lhe exploram as instituições.

No mesmo sentido é o entendimento de Gonçalves (1994, p. 15):

No seu sentido mais elementar, a informação constitui parte de toda a experiência humana. Todos os organismos são sistemas de informação. A informação é a base da vida. A linguagem gestual do

homem e a comunicação verbal transmitem informação. [...] A informação constitui a base das relações humanas e sociais na sua expressão mais imediata. Sob vários graus de complexidade, é também em torno dela que se estrutura e exerce a vida científica, a vida das organizações, a vida política.

Objetivando amenizar possíveis abusos midiáticos, Buchen (2011), explica que o legislador tutela a garantia do **direito de resposta**, exposta no art. 5º, em que atua como forma de defesa para aquele que tenha sido atingido pelos meios de comunicação.

A tutela dos direitos da personalidade no que tange à liberdade de imprensa pode ser efetuada de modo preventivo ou reparatório. A primeira consiste em ações cautelares visando obstar a divulgação de alguma informação que seja ofensiva aos direitos constitucionais previstos no ordenamento jurídico pátrio. A segunda, por sua vez, consiste na indenização por danos já sofridos.

Isto posto, por óbvio que os meios midiáticos devem agir com cautela e responsabilidade ao divulgar uma informação, evitando lesar os direitos da personalidade. Um exemplo da proporção no tocante à falta de responsabilidade jornalística foi o ocorrido em março de 1994, quando a mídia paulistana denunciou seis pessoas por envolvimento no abuso sexual de crianças alunas da Escola Base, em São Paulo. Ocorre que, posteriormente, foi provado que o fato simplesmente não existiu, de modo que a mídia, ao exagerar no que foi divulgado, liquidou projetos profissionais e pessoais dos acusados, todos que posteriormente foram inocentados.[\[1\]](#)

O artigo 21, inciso XVI trata do controle administrativo, onde prevê ser de competência da União “exercer classificação, para efeito indicativo, de diversões públicas e de programas de rádio e televisão.” (BRASIL, 1988). Já o artigo 5º, inciso XXXV, disciplina quanto ao controle judicial, ao estabelecer que “a lei não excluirá de apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.” (BRASIL, 1988).

Há quem concorde que a atuação do Poder Judiciário deve se limitar à apreciação do dano causado pela mídia, de modo que prevenir todo e qualquer eventual dano seria uma forma de censura prévia e, portanto, vedada pela Carta Magna.

O jurista brasileiro Sérgio Bermudes (2002), ao comentar algumas decisões liminarmente concedidas, pondera:

Não importam as virtudes intelectuais e morais dos juízes de cujo punho saem as decisões, nem a correção do advogado postulante, nem mesmo o risco do requerente delas. Essas liminares agridem, violentamente, a Constituição Federal. São incompatíveis com a liberdade de imprensa, nela assegurada e com o sistema de controle da atividade dos órgãos de comunicação que ela estabeleceu. A constituição proíbe qualquer autoridade, inclusive o Poder Judiciário, de impedir a publicação da matéria danosa, partindo da correta estimação da liberdade de imprensa, como valor posto acima dos interesses individuais.

De outra banda, segundo Ferreiro, citado por Farias (1996, p. 128) "A liberdade de expressão e informação, consagrada em textos constitucionais sem nenhuma forma de censura prévia, constitui uma das características das atuais sociedades democráticas, isto porque é imprescindível, num Estado Democrático de Direito, a participação do povo, e para isso há a necessidade de informação entre os indivíduos".

A atual Constituição garante a todos os cidadãos um amplo acesso à informação através de diferentes fontes, dentro de um ambiente democrático. Entretanto, mostra-se importante salientar que o direito a liberdade de informação não possui caráter absoluto, não podendo ser exercido a qualquer custo. Este sofre limitações, como por exemplo, a proveniente dos direitos à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem, estabelecidos no inciso X, do artigo 5º da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Em suma, verifica-se que o direito de informação tutelado pela Carta Magna é exatamente a possibilidade de o indivíduo conhecer fatos que são de **seu próprio interesse ou de interesse coletivo**, interagindo a respeito e tomando partidos no tocante a cada fato exposto.

4.1 A IMPORTÂNCIA MUDIÁTICA E SUAS POSSÍVEIS LIMITAÇÕES

O acesso à informação é um fator essencial para o desenvolvimento da humanidade. Todo indivíduo que vive em sociedade tem a necessidade de se informar, se cientificar dos acontecimentos e interagir com os demais. Para uma pacífica convivência nos dias atuais, é imprescindível que haja plena comunicação entre os homens.

Compreende Silva (2013, p. 34) que:

A necessidade de manter-se informado nos dias atuais é de grande relevância, hoje a facilidade de acesso aos meios de comunicação como emissoras de rádio, TV, jornais, revistas, internet e etc., é notadamente uma das maiores e com um poder de influência de forma a coibir a manipulação da opinião pública. A liberdade de informação nada mais é que a comunicação de um fato.

Ainda, explica Nunes (1997, p. 31) que "O direito de informação, para que seja completo no seu objeto normativo, há de contemplar três variáveis: o direito de informar, o direito de se informar e o direito de ser informado." Tais variáveis são partes constituintes de um todo, cabendo-nos então, analisá-las individualmente.

Cumprido destacar, também, que:

O direito de informar consiste na possibilidade de veicular informação. O direito de se informar, por sua vez, é a faculdade de ter livre acesso às fontes de informação, é o direito de buscar informações, sem impedimentos ou obstáculos; o direito de ser informado é a prerrogativa que possui qualquer pessoa à recepção de informações, é o direito de todos os homens a uma igual possibilidade de acesso a todos os fatos da atualidade. (BALLE citado por LORDELO, 2013).

No mesmo sentido afirma Nunes (1997, p. 31) que "O direito de informar, na Constituição brasileira, de regra, assume uma feição de

permissão, vale dizer, é permitido a todo indivíduo veicular as informações que julgar pertinente, desde que possua os meios necessários para tanto."

Neste vértice, Silva (2013, p. 34) entende que:

A necessidade de manter-se informado nos dias atuais é de grande relevância, hoje a facilidade de acesso aos meios de comunicação como emissoras de rádio, TV, jornais, revistas, internet e etc., é notadamente uma das maiores e com um poder de influência de forma a coibir a manipulação da opinião pública. A liberdade de informação nada mais é que a comunicação de um fato.

O direito de se informar refere-se ao direito de recolher as informações desejadas, ao acesso a estas informações. Tal direito encontra-se expressamente previsto na atual Constituição (BRASIL, 1988, art. 5º, XIV) que preceitua: "é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional."

Data vênia, os nobres juristas defensores de colocar a liberdade de imprensa como um valor superior, como um direito absoluto, insuscetível à restrições, mostram-se divorciados de algumas premissas constitucionais, não reconhecendo, por exemplo, o direito à intimidade, vida privada, honra e imagem.

Ora, deve-se ponderar a informação nas margens da própria Constituição Federal, de modo que apenas informações de relevância para coletividade (toma-se como exemplo crimes cometidos por figuras

públicas) devem ser expostos na íntegra. Assim sendo, deve-se seguir a menção do artigo 5º, inciso XXXIII (BRASIL, 1988): “Todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de **interesse coletivo** ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”.

Segundo José Carlos Garcia de Freitas, doutor em Teoria Geral do Direito e professor na Universidade Estadual Paulista:

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988, pluridimensionalizou o nosso Estado Democrático de Direito. Mais ainda, ampliou o exercício de direitos, a fim de proporcionar a efetiva consagração do processo de cidadania. Nunca antes, em toda a história brasileira, a preocupação com os direitos fundamentais foi tão marcante e acentuada, mesmo porque o Brasil havia superado um período de exceção extremamente dramático, da ditadura militar, em decorrência do cerceamento das liberdades públicas.

O direito à informação tornou-se exigência fundamental por consideração a grande conquista democrática no país, na medida em que a censura demonstraria uma afronta a dignidade do Estado Democrático de Direito, retroagindo ao período da ditadura militar. É importante destacar que o interesse pela liberdade de informação cresce na medida em que os meios de comunicação vêm a se desenvolver tecnologicamente. Quando

fala-se de direito à informação, trata-se, principalmente, da mídia, já que é através dela que as informações e notícias são transmitidas à sociedade.

Atualmente, com o desenvolvimento midiático, bem como o desenvolvimento dos avanços econômicos e sociais, tais direitos fundamentais perderam o caráter individual e passaram a adquirir um papel coletivo, considerando que toda a sociedade requer acesso à informação: **principal característica de um Estado Democrático de Direito.**

Contudo, verifica-se a necessidade de compreender a antinomia constitucional, por se tratarem de direitos constitucionalmente garantidos e que se encontram em um mesmo patamar, não sendo possível afirmar em quais hipóteses um se sobressairá em relação ao outro, sem que seja verificada a abrangência de cada um destes.

Nesse sentido, entende Lordelo (2013):

Os conflitos entre liberdades sempre existiram, sendo essa assertiva a mais evidente prova de que há uma linha divisória em meio à moralidade, bem como às escolhas individuais e à ética e escolhas públicas. Essa linha é bastante instável e varia de acordo aos padrões vigentes em dado momento na sociedade.

Por outro lado, em relação a colisão existente entre os direitos fundamentais, esclarece Farias (1996):

[...] a liberdade de expressão e informação, estimada como um direito fundamental que transcende a dimensão de garantia individual por

contribuir para a formação da opinião pública pluralista, instituição considerada essencial para o funcionamento da sociedade democrática, não deve ser restringida por direitos ou bens constitucionais, de modo que resulte totalmente desnaturalizada.

Nesse sentido, a Terceira Câmara de Direito Civil do Tribunal de Justiça de Santa Catarina decidiu:

CONSTITUCIONAL E
RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE
INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS.
MATÉRIA JORNALÍSTICA. IMPUTAÇÃO DE
CRIME DE DUPLO HOMICÍDIO. DIVULGAÇÃO
EQUIVOCADA DE FOTOGRAFIA DO AUTOR
COMO AGENTE DO CRIME. ALEGAÇÃO DE
REPASSE DA FOTOGRAFIA POR
FUNCIONÁRIOS DO PRESÍDIO REGIONAL DE
BLUMENAU. INSUBSISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE
PROVAS NESSE SENTIDO. ÔNUS QUE
COMPETIA A RÉ, NOS TERMOS DO ART. 333,
II, DO CPC. FALTA DA DILIGÊNCIA NA
COLHEITA DOS DADOS DA REPORTAGEM.
CONDUTA NEGLIGENTE VERIFICADA.
ABUSO DO EXERCÍCIO DA LIBERDADE DE
IMPrensa (CF/88, ART. 5º, IX E ART. 220, §§ 1º
E 2º). ABALO MORAL PRESUMIDO (IN RE
IPSA). LESÃO À HONRA E À DIGNIDADE. RÉ

QUE ALEGA INEXISTÊNCIA DE DANO MORAL ANTE OS ANTECEDENTES CRIMINAIS DO AUTOR. FATO QUE, POR SI SÓ, NÃO ELIDE O ABALO ANÍMICO EXPERIMENTADO PELA VINCULAÇÃO DE SUA IMAGEM À PRÁTICA DE CRIMES DESTA GRAVIDADE, MAS QUE DEVE SER LEVADO EM CONSIDERAÇÃO NA FIXAÇÃO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO. DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO. QUANTUM INDENIZATÓRIO ARBITRADO EM R\$ 2.000,00. INTELIGÊNCIA DO ART. 5º, X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DOS ARTS. 186 E 927 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. INVERSÃO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS FIXADOS DE ACORDO COM OS PARÂMETROS ESTABELECIDOS NO ART. 20, § 3º, DO CPC. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA REFORMADA. RECURSO PROVIDO.

1. Não obstante se reconheça que o veículo de comunicação possa se eximir de culpa, em relação a matéria jornalística inverídica publicada, quando demonstrar que foi diligente na averiguação da

idoneidade dos fatos antes de sua publicação, bem como que foram obtidos de fontes fidedignas, inexistindo nos autos elementos que revelem a necessária cautela, não há falar em ausência de responsabilidade do comunicador, devendo o ofendido ser indenizado pelo danos morais suportados. [...]. (SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça, 2014)

Além disso, nas palavras de Silva (2013, p. 34):

[...] diante deste excesso de informação a mídia acaba por interferir na esfera jurídica especialmente no que tange aos crimes dolosos contra a vida, principalmente quando fazem o caso tomar maiores proporções, implantando na mente da sociedade a sede de justiça. A imprensa tem poder de manipular a opinião pública, mas nem sempre o que a mídia traz em suas matérias é verídico, muitas vezes pelo seu excesso de informação acaba por trazer a população informações falsas e levianas, matérias de baixa qualidade sem um fundo de veracidade, assim interferindo no direito penal.

Assim sendo, a liberdade midiática deve ser **ponderada** se considerado que a pessoa humana é hierarquicamente superior ao que por ela fora criado. Portanto, ao se tratar de liberdade de imprensa, nota-se a necessidade de delinear limites, também constitucionalmente expressos,

para que assim sua função social seja cumprida da forma mais adequada possível.

5 O DIREITO À INFORMAÇÃO EM CONFRONTO COM A OBRIGAÇÃO DE ESQUECER

Esmiuçados os pontos cardeais das principais normas constitucionais passíveis de serem arguidas na aplicação do direito ao esquecimento no Brasil, insta elucidar de que forma o conflito entre elas pode ser resolvido.

Finalmente, quanto à solução da problemática do tema, traga-se a baila a colisão de direitos citadas ao longo do presente estudo. Acerca de tal colisão, cogita o emérito constitucionalista José Joaquim Canotilho (1993, p. 644) que esta se tipifica quando o exercício de um direito por parte de seu titular colide com o exercício de direito por parte de outro titular – colisão essa que não se confunde com cruzamento ou acumulação de direitos – mas sim com um choque, um autêntico conflito de direitos. Ainda, Canotilho realça a possibilidade de colisão imediata entre os titulares de vários direitos fundamentais, exemplificando que a liberdade de imprensa, que implica a liberdade de expressão e criação jornalística, com direitos pessoais como o direito ao “bom nome”, reputação, imagem, honra, privacidade, intimidade e da “busca pela felicidade”.

No presente caso, dois direitos fundamentais sacralizados pela Carta Magna estão contrapostos de modo a gerar incontáveis discussões entre renomados juristas: o direito de informar e o direito da privacidade.

A interpretação das doutrinas trazidas a baila, bem como dos dispositivos legais impostos, tece uma interpretação de que o direito de informar, como aspecto da liberdade de manifestação de pensamento e a

tutela ao acesso à informação tornam-se não apenas um interesse individual, mas sim um interesse da coletividade. E é exatamente neste ponto, no momento em que dois direitos constitucionais tornam-se prioritários na variação do ângulo de quem os examina, que ocorre o conflito de normas, de princípios, ou de norma e princípio, chamados de: antinomia constitucional.

Para Farias (2011, p. 54-55):

[...] a colisão dos direitos da personalidade, sobretudo, os relativos à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem com a liberdade de expressão e informação significa que as opiniões e fatos relacionados com o âmbito de proteção constitucional desses direitos não podem ser divulgados ao público de forma indiscriminada.

Ainda, importante se faz o entendimento de Jabur (2011, p. 55):

[...] é a própria Constituição Federal que resolve o conflito, deixando, decerto, uma decisiva parcela ao magistrado frente ao caso concreto. É que a unidade hierárquico-normativa da Constituição, sobretudo em terreno de direitos personalíssimos, não torna consentânea com o ordenamento a predominância de um dispositivo sobre o outro. Há que haver, e de alguma maneira informada pela própria Constituição Federal, meio idôneo de conciliação.

Muito embora a Constituição Federal tenha estabelecido determinados limites ao exercício das liberdades de expressão e informação, Farias (1996, p. 138) leciona que “o legislador pátrio não se preocupou em elaborar leis sobre a matéria, quer na esfera civil, quer na área penal, após a promulgação da Constituição Federal em vigor.”

As colisões ocorridas entre os direitos da personalidade e as liberdades de expressão e informação não se caracterizam como uma antinomia aparente, pois para estas se resolverem, utilizam-se de critérios estabelecidos no próprio ordenamento jurídico, quais sejam: o critério da hierarquia, cronologia ou especialidade. Caracterizando-se então, como uma antinomia real, pois se colidem normas estabelecidas em um mesmo diploma jurídico, não havendo alguma relação de especialidade entre as mesmas.

O conteúdo veiculado, resguardado pelo direito à informação, deve se restringir a fatos relevantes para a sociedade em geral. Neste sentido, decidiu a Quarta Câmara de Direito Civil do Tribunal de Justiça Catarinense:

APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. DIREITOS DA PERSONALIDADE. DIVULGAÇÃO DE FOTOGRAFIAS DE VÍTIMA DE HOMICÍDIO EM PERIÓDICO. LEGITIMIDADE DO IRMÃO PARA PLEITEAR A REPARAÇÃO PELOS DANOS SOFRIDOS COM A PUBLICAÇÃO. SENTENÇA REFORMADA. CAUSA MADURA. ART. 515, § 3º, DO CPC. JULGAMENTO DA LIDE.

PRELIMINAR. DECADÊNCIA PREVISTA PELO ART. 56 DA LEI DE IMPRENSA. NORMA NÃO RECEPCIONADA PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INAPLICABILIDADE.

Ao analisar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 130, o plenário do STF julgou totalmente procedente o pedido "para o efeito de declarar como não recepcionado pela Constituição da República de 1988 todo o conjunto de dispositivos da Lei Federal nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967".

MÉRITO. EMBATE ENTRE O DIREITO À LIBERDADE DE INFORMAÇÃO E O DIREITO À HONRA, IMAGEM, INTIMIDADE E VIDA PRIVADA. NÍTIDO CARÁTER SENSACIONALISTA DA MATÉRIA, QUE DIVULGOU AS FOTOS DO CORPO DA IRMÃ DO APELANTE, VÍTIMA DE HOMICÍDIO, NO ESTADO EM QUE FORA ENCONTRADO PELA POLÍCIA. ABUSO DE DIREITO. ATO ILÍCITO. PREJUÍZO PRESUMIDO. OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR EVIDENCIADA. FIXAÇÃO. CRITÉRIOS. POSTULADOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE. QUANTIA FIXADA EM R\$ 10.000,00. INVERSÃO DOS ÔNUS

SUCUMBENCIAIS. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

No confronto que envolve direitos ou valores constitucionais, impõe-se um juízo de prevalência pautado por critérios de racionalidade e justiça. A liberdade de imprensa não é de tal forma absoluta que possa impunemente afrontar os direitos à imagem, à identidade pessoal, ao bom nome, reputação e à intimidade da vida privada e familiar. (SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça, 2012). (grifei)

Assim sendo, adverte Joaquim Falcão (1993, p. 04):

Ser o que não se é, é errado. Imprensa não é justiça. Esta relação é um remendado. Um desvio institucional. Jornal não é fórum. Repórter não é juiz. Nem editor é desembargador. E quando, por acaso, acreditam ser, transformam a dignidade da informação na arrogância da autoridade que não tem. Não raramente, hoje, alguns jornais, ao divulgarem a denúncia alheia, acusam sem apurar. **Processam sem ouvir. Colocam o réu, sem defesa, na prisão da opinião pública. Enfim, condenam sem julgar.** (grifei)

É a antiga história do travesseiro de pena, lembrada por Damásio Evangelista de Jesus (1999, p. 231).

Suponha-se que um indivíduo lance ao vento as penas de um travesseiro de um edifício e determine a centenas de pessoas que as recolham. Jamais será possível recolher todas. O mesmo ocorre com a informação. Por mais cabal seja a retratação, nunca poderá alcançar todas as pessoas que tomaram conhecimento da imputação ofensiva.

Em resumo, muito embora determinados acontecimentos fiquem eternamente acessos na memória das pessoas, estes ficam resguardados no interior da própria existência, por vezes cicatrizados, evitando maiores dores. Logo, entende-se que a melhor solução para o conflito à antinomia constitucional existente, a exemplo da Chacina da Candelária, seria a veiculação do documentário com a **ocultação do nome e da fisionomia dos envolvidos**, desfecho suscetível, a um só tempo, de conservar a honra daqueles e a liberdade de informar constitucionalmente tutelada.

Assim sendo, o artigo 5º, inciso X, da Constituição, protege a intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, ao estabelecer que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo foi desenvolvido analisando-se um tema bastante relevante e de grande importância jurídica e social.

Ao tomar como referencial os casos julgados pelo STJ, nota-se que a dificuldade principal para a concessão do direito ao esquecimento reside no fato de se exigir uma atitude que perigosamente se aproxima da

censura quanto à livre circulação de informações que, em tese, seriam verdadeiras e de interesse coletivo no tocante a personagens que, se não públicos, pelo menos exerceram algum tipo de papel em acontecimentos socialmente relevantes.

Por outro lado, constata-se que através da curiosidade que a temática desperta para acadêmicos e juristas, o direito ao esquecimento trilha um caminho para ocupar destaque em um curto espaço de tempo.

Ademais, a liberdade de imprensa frente ao direito de ser esquecido por fatos pretéritos vem sendo objeto de estudo com o objetivo primordial de saber lidar com tal antinomia constitucional.

Nessa realidade, é notória a carência de que o Poder Judiciário construa novas ferramentas que possam fazer frente aos anseios dos meios midiáticos por liberdade, mas também às expectativas de uma cada vez mais exposta individualidade humana, observando que a ‘busca pela felicidade humana’ deve ser levada em consideração.

De todo modo, objetivou-se transpassar, baseando-se em doutrinas e jurisprudências de renomados juristas brasileiros, a importância da análise de cada caso concreto para, então, passar-se a análise do direito de ser esquecido.

Objetivou-se, ainda, demonstrar a diferenciação de esquecimento no que tange as figuras públicas, crimes perversos e fatos de relevante interesse da sociedade, ponderando, primordialmente, que **o homem deve estar à frente do que por ele foi criado.**

Assim sendo, entende-se que a liberdade de imprensa deva atuar de forma responsável e ponderada, trabalhando com transparência e veracidade, voltando-se para o bem-estar da coletividade e não apenas

para atender seus interesses particulares, devendo, ainda, se utilizar do bom senso, havendo a necessidade de **delinear limites**, para que assim sua função social seja cumprida da forma mais adequada possível.

REFERÊNCIAS

ARRABAL, Alejandro Knaesel. Gabarito para monografia. **Prática da Pesquisa**. Disponível em: <<http://www.praticadapesquisa.com.br/p/gabarito-para-monografia.html>>.

Acesso em: 12 ago. 2014.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. NBR 10520: informação e documentação – citações em documentos – apresentação. Rio de Janeiro, 2002.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. NBR 6023: informação e documentação – referências – elaboração. Rio de Janeiro, 2002.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. NBR 6027: informação e documentação – sumário – apresentação. Rio de Janeiro, 2003.

BARBOSA, Álvaro Antônio do Cabo Notaroberto. **Direito à própria imagem**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 104.

BARBOSA, Rui. **A imprensa e o dever da verdade**. São Paulo: Editora Papagaio, 2004. p. 32.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 61.

BERMUDES, Sérgio. **Mor o dano que o perigo**. Observatório da imprensa. Disponível em:

<<http://observatoriodaimprensa.com.br/artigos/asp1206200294.html>>.

Acesso em: 12 ago. 2014.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989, p. 07.

BITENCOURT, César Roberto. **Novas penas alternativas: análise político-criminal das alterações da Lei n. 9.714/98**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONINI, Paula Costa. **Preconceito atrapalha ressocialização de ex-detentos**. Disponível

em: <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CB8QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww2.mp.pr.gov.br%2Fcpcrime%2Fboletim87%2Fbep87-noticia.doc&ei=SS9LVPquN4MNPDSgPgK&usg=AFQjCNHWM_krrzgesN_ZGBGrUBZ63Uj0Q&sig2=oPc3THBYwdKY9pW8qh2IvQ>. Acesso em: 18 ago. 2014.

BRASIL. Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. **VI Jornada de Direito Civil**. Enunciado n. 531. A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento. Coordenador Geral Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília, 12 de março de 2013. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br>>. Acesso em: 18 ago. 2014.

BRASIL. **Código de processo penal**: promulgado em 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 23 set. 2014.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao_Compilado.htm>. Acesso em: 23 set. 2014.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina**. Apelação Cível n. 2009.015371-7, da 4ª Câmara de Direito Civil do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Relator: Jorge Luis Costa Beber. Araranguá, SC.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**. Apelação. Autor que, acusado de envolvimento na Chacina da Candelária, vem a ser absolvido pelo Tribunal do Júri por unanimidade. Posterior veiculação do episódio, contra sua vontade expressa, no programa Linha Direta, que declinou seu nome verdadeiro e reacendeu na comunidade em que vivia o autor o interesse e a desconfiança de todos. Conflito de valores constitucionais. Direito de Informar e Direito de Ser Esquecido, derivado da dignidade da pessoa humana, prevista no art.1º, III, da Constituição Federal. Apelação Cível n. 2008.001.48862. Apelante Jurandir Gomes de França e Apelado Globo Comunicações e Participações S/A. Relator Desembargador Eduardo Gusmão Alves de Brito Neto. Rio de Janeiro, 13 de novembro de 2008. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br>>. Acesso em: 13 ago. 2014.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**. Embargos Infringentes. Indenizatória. Matéria televisivo jornalística: “chacina da Candelária”. Pessoa acusada de participação no hediondo crime e, afim, inocentada. Uso inconstitucional de sua imagem e nome.

Conflito aparente entre princípios fundamentais de Direito: Informação “vs” Vida Privada, Intimidade e Imagem. Direito ao esquecimento e direito de ser deixado em paz: sua aplicação. Proteção da identidade e imagem de pessoa não pública. Dados dispensáveis à boa qualidade jornalística da reportagem. Dano moral e dano à imagem: distinção e autonomia relativa. Indenização. Quantificação: critérios. **Embargos Infringentes n. 2009.005.79**. Embargante Globo Comunicações e Participações S/A e Embargado Jurandir Gomes de França. Relator Desembargador Eduardo Gusmão Alves de Brito Neto. Rio de Janeiro, 19 de maio de 2009. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br>>. Acesso em: 13 ago. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Notícias**. Disponível em: <<http://www.stf.gov/noticias/imprensa/ultimas/ler.asp?CODIGO=28852&tip=UM>>. Acesso em: 20 set. 2014.

CALMON, Eliana. **Entrevista Especial Rádio STJ**, 04.08.2013. Disponível em: <http://consorciobdjur.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=448&tmp.texto=110602>. Acesso em: 21 set. 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almeida, 1993, p. 644.

CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 22.

CRUZ, Carla; RIBEIRO, Uirá. **Metodologia Científica**. Rio de Janeiro: Gisella Narcisi, 2003.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 81.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**, v. 2, São Paulo, Saraiva, 1998, p. 738.

DIREITO ao esquecimento na sociedade da informação. **Revista Brasília em Dia**. Entrevista a Rogério de Meneses Fialho Moreira. Brasília, 2013. Disponível em: <<http://www.brasiiliaemdia.com.br>>. Acesso em: 07 nov. 2014.

FARIAS, Edilson. **Colisão de direitos**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1996, p. 47.

FARIAS, Edilson. **Liberdade de Expressão e Comunicação**: teoria e proteção constitucional. São Paulo, SP: Editora Revista dos Tribunais, 2004. 304.

FERREIRA, Rosila Arruda. A pesquisa científica nas Ciências Sociais: caracterização e procedimentos. Recife: UFPE, 1998.

FIDALGO, Alexandre. Revista **Consultor Jurídico**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-abr-25/direito-esquecimento-poe-risco-arquivo-historico-dizem-especialistas>>. Acesso em: 07 nov. 2014.

FREITAS, José Carlos Garcia de, RAMPIN, Talita Tatiana Dias. **A Constituição Federal e o direito à informação**. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/impresso,a-constituicao-federal-e-o-direito-a-informacao,496041,0.htm>>. Acesso em: 10 set. 2014.

JABUR, Gilberto Haddad. **Liberdade de pensamento e direito à vida privada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 256.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 231.

JOLIVET, Régis. **Curso de filosofia**. Rio de Janeiro: Agir, 1979.

JUNIOR, Luiz Lopes de Souza. **Os princípios fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana**. Disponível em:

<<http://www.coladaweb.com/direito/os-principios-fundamentais-e-o-principio-da-dignidade-da-pessoa-humana>>. Acesso em: 10 ago. 2014.

KARAM, Francisco José. **Cinco anos do caso da Escola Base**. Disponível em:

<<http://observatorio.ultimosegundo.ig.com.br/artigospb050499.htm>>.

Acesso em: 17 set. 2014.

LA PLANCHE, Jean. **Vocabulário da Psicanálise**. 4 ed. 2 tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 430.

LORDELO, Paula Leal. **Limites à liberdade de expressão e de informação da mídia face ao direito à honra de pessoas envolvidas no processo criminal**. Disponível em:

<<http://jus.com.br/artigos/24377/limites-a-liberdade-de-expressao-e-de-informacao-da-midia-face-ao-direito-a-honra-de-pessoas-envolvidas-no-processo-criminal/8>>. Acesso em: 02 out. 2014.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 50.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. São Paulo: RT, 2000, p. 155.

NUZZI, Erasmo de Freitas. **A mídia nas Constituições do Brasil: Respeito e Desrespeito**. São Paulo, SP: Plêiade, 2007. p. 41.

OLIVEIRA, Sílvio Luiz de Oliveira. **Tratado de Metodologia Científica: projetos de pesquisas**, TGI; TCC, monografia, dissertações e teses. 2. ed. São Paulo: Pioneira, 1997.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 9 ed. São Paulo: RT, v. 1, 2010.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Processo n. 0029569-97.2007.8.19.0001**. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaProc.do?numProcesso=2007.001.028319-8>>. Acesso em: 13 ago. 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 107.

SOUZA, Aluísio José Maria de et al. **Iniciação à lógica e à metodologia da ciência**. São Paulo: Cultrix, 1976.

Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.334.097/RJ**. Recorrente Globo Comunicações e Participações S/A e Recorrido Jurandir Gomes de França. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 28 de junho de 2013a. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>.

Acesso em: 10 set. 2014.

TEPEDINO, Gustavo. **A tutela da personalidade no ordenamento civil constitucional brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 47 e 48.

VECCHIETTI, Gustavo Nascimento Fiuza. **Última Rátió do Direito Penal**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/18001/ultima-ratio-do-direito-penal/2#ixzz3AgzceMRD>>. Acesso em: 18 ago. 2014.

NOTAS:

[1] O STF manteve a condenação do TJSP à TV Globo ao pagamento de indenização aos ex-proprietários da escola Base. “A Constituição da República, embora garanta o exercício da liberdade de informação jornalística, impõe-lhe, no entanto, como requisito legitimador de sua prática, a necessária observância de parâmetros – dentre os quais avultam,

por seu relevo, os direitos da personalidade – expressamente referidos no próprio texto constitucional (CF, art. 220, § 1º), cabendo, ao Poder Judiciário, mediante ponderada avaliação das prerrogativas constitucionais em conflito (direito de informar, de um lado, e direitos da personalidade, de outro), definir, em cada situação ocorrente, uma vez configurado esse contexto de tensão dialética, a liberdade que deve prevalecer no caso concreto. (**Agravo de Instrumento 496.406** São Paulo/SP. Rel. Min. Celso de Mello.)

Conforme a NBR 6023:2000 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico publicado em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma: LONGEN, Bruna Roberta Wessner. *O direito ao esquecimento frente ao princípio da dignidade da pessoa humana em confronto com a liberdade de imprensa*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 22 maio 2015. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.53487>>. Acesso em: 23 maio 2015.

A INCULTURA QUE MATA

CARLOS EDUARDO RIOS DO AMARAL:
Defensor Público do Estado do Espírito Santo.

O que nossas crianças e adolescentes, nos dias de hoje, ouvem no rádio e assistem na televisão? O que esses pequenos assistem nos vídeos compartilhados na internet e nas redes sociais? Quem são os ídolos dessa garotada? E como são os bailes e as baladas dos jovens dos dias de hoje?

A resposta a estas poucas indagações é o suficiente para descobriremos em que tipo de País vivemos e desejamos viver. Afinal, cultura é tudo. É a cultura de um povo que embala e determina os sentimentos e desejos de uma Nação. O desenvolvimento de um País é ditado precipuamente pela sua cultura geral.

Hoje, nossos jovens ouvem qualquer coisa barulhenta e insuportável, que proponha sexo sem limites – inclusive de idade – e sem contornos morais. Claro, a presença da cocaína e outras drogas, assim como o porte ilegal de armas de fogo, nas letras das músicas as tornam ainda mais prestigiadas entre os jovens.

Os bailes dos dias de hoje são de provocar inveja em Sodoma e Gomorra. Por muito menos, essas cidades foram riscadas do mapa. Orgias, venda e consumo de todos os tipos de drogas, ostentação e comercialização clandestina de armas de fogo de grosso calibre, meninas alcoolizadas dançando nuas, coreografias de socos, chutes e pontapés *etc*, tudo é encontrado nessas baladas sombrias.

Como resultado dessa vida desregrada, muitos desses jovens irão ter várias passagens pelas Varas da Infância e da Juventude, como

acusados confessos da prática de diversos crimes hediondos, do tráfico de drogas, passando pelo porte ilegal de armas de fogo, até homicídios. Muitos adolescentes não chegarão à maioridade, morrerão fuzilados em troca de tiros com seus rivais – às vezes são mortos pelos próprios “amigos” – . Sem se despedir de suas viúvas de doze, catorze anos idade, já cheias de filhos e viciadas. Nesses arranjos de família, sogra vira mãe de fato. E o ciclo se repetirá...

Aí, fica outra indagação. O que o Poder Público vem fazendo para minimizar essa cultura maldita da morte entre nossos jovens? Porque sob o manto hipócrita e mentiroso da liberdade de manifestação do pensamento é tolerada essa arte macabra, que só venera a ostentação, a luxúria, a cocaína e as armas de fogo?

No Brasil, a passos largos, estamos voltando para a idade medieval, multiplicam-se poderes paramilitares nas comunidades, com seus próprios códigos orais e juízes nomeados a dedo. Quem ainda acredita na piada da República Federal e no Estado de Direito é refém dentro de sua casa. Assiste sem forças e indefeso o golpe de estado que está sendo preparado por essa cultura da morte, patrocinada pelas máfias do tráfico de drogas e das armas de fogo.

Conforme a NBR 6023:2000 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico publicado em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma: AMARAL, Carlos Eduardo Rios do. *A incultura que mata*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 22 maio 2015. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.53485>>. Acesso em: 23 maio 2015.

A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA: UMA PAUTA ATUAL

LEANDRO FERREIRA RAMOS: Escrivão de Polícia da Polícia Civil do Distrito Federal. Especialista em Escrivania Policial pela Universidade Católica de Brasília - UCB. Especialista em Direito do Trabalho pelo Instituto Processus. Licenciado em Matemática pela Universidade de Brasília - UnB. Graduando em Direito pela Processus Faculdade de Direito.

RESUMO: Este artigo científico tem como tema principal a criminalização da homofobia como uma pauta atual. Inicialmente, descreve a homofobia, seu conceito, suas formas de expressão, sua contextualização no ambiente brasileiro, e identifica suas vítimas, a partir da definição dos termos identidade e orientação sexual. Em seguida, explica o que significa a criminalização da homofobia e pesquisa o conteúdo e o andamento dos projetos de lei sobre o tema em tramitação no Congresso Nacional.

PALAVRAS-CHAVE: Homofobia; LGBT; criminalização.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO; 1. HOMOFOBIA; 2. A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA; 2.1. PLC 122/06; 2.2. PLS 31/10; 2.3. PLS 457/11; 2.4. PLS 236/12; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

Não é de hoje que a criminalização da homofobia está na pauta do Congresso Nacional, mas é um tema considerado polêmico que poucos parlamentares tem a coragem de enfrentar. Na eleição presidencial de 2014, o tema veio à tona nos debates dos candidatos “nânicos”, isto é, aqueles sem representatividade nas pesquisas

eleitorais. Um bom exemplo foi o enfrentamento entre Luciana Genro, do PSOL, e Levi Fidelyx, do PRTB.

No segundo turno, formaram-se dois pólos: a candidata à reeleição Dilma Rousseff, com apoio pró LGBT e Aécio Neves, apoiado pelos mais conservadores. Após a reeleição da presidente Dilma, um de seus primeiros anúncios foi uma publicação nas redes sociais com a afirmação de um compromisso com a criminalização da homofobia.

Apesar de ser um tema polêmico que envolve grandes discussões entre liberais pró LGBT e cristãos conservadores, muitos não sabem o que é realmente homofobia e o que significa sua criminalização.

Assim, em torno dessas questões está o foco deste artigo que procurará definir a homofobia, o significado de sua criminalização, bem como pesquisará a situação dos projetos de lei em andamento no Congresso Nacional com a finalidade de criminalizar a homofobia. Entretanto, dada a importância e vastidão do tema, não se pretende esgotá-lo neste artigo, que o fará de forma sucinta.

O primeiro capítulo apresentará a homofobia, seu conceito, suas formas de expressão e a contextualização da homofobia no Brasil.

O segundo capítulo tratará da criminalização da homofobia e dos projetos de lei sobre o tema em tramitação no Congresso Nacional

A elaboração deste artigo científico, com o intuito de concluir o objetivo sugerido, utilizará a metodologia de pesquisa bibliográfica, com a análise da literatura já publicada, a partir de livros,

periódicos, dicionários e publicações avulsas, impressa ou eletronicamente, e de pesquisa documental, com o estudo da legislação penal brasileira, em vigor ou sem vigência e dos projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional e os respectivos pareceres de suas Comissões, e o método a ser utilizado será o hipotético-dedutivo.

1. HOMOFOBIA

As questões de identidade e orientação sexual são ligadas à própria humanidade, inerentes ao ser humano. Seja decorrente de fatores biológicos, genéticos, psicológicos, ou da própria liberdade individual de escolha, a identidade e orientação sexual são características do ser humano que podem variar em cada indivíduo, da mesma forma que a cor da pele, o gênero, a origem étnica e a opção religiosa. Não se pode aceitar discriminação fundamentada em característica intrínseca aos seres humanos, como o pluralismo sexual. Ainda que determinada característica se observe em uma minoria da população, não pode ser-lhe negada a dignidade da pessoa humana, direito elevado ao status de fundamento do nosso Estado Democrático de Direito.

Primeiramente, é necessário conceituar identidade e orientação sexual. Identidade sexual, *lato sensu*, abrange o sexo “biológico”, a identidade de gênero e a orientação sexual, como explica Zambrano[i], mas pode, *stricto sensu*, ser utilizado como sinônimo de identidade de gênero. Neste artigo, opta-se pela equivalência entre as expressões identidade sexual e identidade de gênero.

Para entender os conceitos de identidade e orientação sexual, é necessário entender o que significa gênero. Gênero leva à idéia

do binômio homem/mulher, masculino/feminino, e é determinado no nascimento como o sexo “biológico”.

A identidade sexual se refere “às várias formas de viver a masculinidade ou a feminilidade”^[ii] ou também à forma que a pessoa se identifica em relação ao seu gênero inicial, isto é, ao sexo que lhe foi determinado ao nascimento. Em relação à identidade sexual, as pessoas podem ser classificadas em cisgêneros e transgêneros. Pessoas cis são aquelas em que o gênero e a identidade sexual são equivalentes. Pessoas trans são “as que se identificam como um sexo oposto ao seu sexo ‘biológico’”^[iii]. Os transgêneros englobam os transexuais e os travestis.

A orientação sexual diz respeito à sexualidade, que é a forma ou as “formas como os sujeitos vivem seus prazeres e desejos sexuais”^[iv]. Em relação à orientação sexual, as pessoas podem ser classificadas em homossexual e heterossexual. Homossexual é aquele que tem afetividade por pessoas de mesma identidade sexual, enquanto heterossexual é o que possui afetividade por pessoas de identidade sexual diversa. Os homossexuais são ainda classificados em gays, do gênero masculino, e lésbicas, do gênero feminino.

Há críticas a esse sistema binário exclusivo, em relação a identidade e orientação sexual, segundo as quais nem todas as pessoas estão alinhadas aos gêneros masculinos ou femininos, ou às orientações sexuais homo ou hétero^[v]. Exemplo disso é a existência de hermafroditas, que nascem com órgãos sexuais femininos e masculinos, e bissexuais, que possuem afetividade com indivíduos de ambas

identidades sexuais. Além disso, há pessoas que não se identificam com nenhum dos gêneros predefinidos, masculino ou feminino.

Mais importante que a origem e o funcionamento da homossexualidade, da transexualidade e as demais variações de identidade e orientação sexual é a preocupação com a homofobia, hostilidade contra gays, lésbicas, bissexuais e transgêneros fundamentada em sua identidade ou orientação sexual. Essa população é chamada de LGBT. Para efeitos deste artigo, denotaremos pessoas LGBT os homossexuais, bissexuais, transgêneros e todas as demais variações de sexualidade e identidade sexual diversas da hetero e cissexualidade, respectivamente.

Todos os dias, milhões de pessoas LGBT sofrem intensa opressão, humilhação, silenciamento, marginalização, exclusão e diversas formas de preconceito, discriminação e violência. Essa violência psicológica, moral, verbal, física ou sexual, discriminação, desprezo, humilhação ou constrangimento contra um LGBT ou contra o grupo LGBT, por motivo de identidade ou orientação sexual é o que se define por homofobia.

A homofobia é decorrente de uma sociedade historicamente regada a desigualdades injustas, que decorrem da chamada heteronormatividade, um conjunto de discursos, valores e práticas instituídos pela sociedade que impõem a heterossexualidade como a única possibilidade legítima de expressão sexual e de gênero, a heterossexualidade e a cissexualidade compulsórias^[vi].

A homofobia é uma manifestação arbitrária que consistem em qualificar o outro como contrário, inferior ou anormal, análogo à xenofobia, o racismo e o antissemitismo[vii], e tem como causas outras formas de discriminação como o machismo[viii], o sexismo[ix] e o cissexismo[x].

No aspecto afetivo ou psicológico, a homofobia é caracterizada pelo sentimento de medo, aversão e repulsa contra as pessoas LGBT. Nesse sentido, a homofobia pode ser comparada a outras fobias como a claustrofobia, acrofobia e hidrofobia, que são medos de lugares fechados, altura e água, respectivamente. Entretanto, a expressão do sentimento homofóbico é extremamente reprovável, assim como o racismo e a xenofobia.

Mas a homofobia possui outra face cognitiva ou social, em que não há rejeição à população LGBT, mas uma indiferença em relação às diferenças de direitos entre heterossexuais e LGBT, isto é, não há intolerância aos LGBT, mas uma tolerância às hostilidades por eles sofridas. É visível essa forma da homofobia quando alguém, ainda que conviva com pessoas LGBT, concorde que casais homossexuais não sejam considerados família, ou que não possam adotar crianças, direitos garantidos aos heterossexuais.

A homofobia muitas vezes é manifestada diretamente contra um indivíduo LGBT, com violência verbal, psicológica, física, que muitas vezes resulta até em vítimas fatais, o que se considera a homofobia específica. Segundo o Relatório Anual divulgado pelo Grupo Gay da Bahia (GGB), no ano de 2013, foram documentados 312

assassinatos de LGBT no Brasil, o que significa que a homofobia faz uma vítima fatal a cada 28 horas[xi]. O número de vítimas fatais aumentou para 326, em 2014, segundo a mesma entidade[xii]. Essa espécie de homofobia atinge também pessoas que, apesar de não serem gays, lésbicas, bissexuais ou transgêneros, não se adequam à ordem clássica dos gêneros, como exemplifica Borrillo, mulheres heterossexuais que tem personalidade forte e homens heterossexuais delicados ou que manifestem grande sensibilidade[xiii].

Outra forma de homofobia é a homofobia geral, destinada não ao indivíduo, mas ao grupo de pessoas LGBT, destinada a considerar a superioridade heterossexual em favor da população LGBT.

Por fim, a homofobia é um problema social, pois promove a desigualdade entre indivíduos por motivo de variação na identidade ou orientação sexual, características intrínsecas ao ser humano. Além disso a homofobia dificulta a compreensão e o respeito pelo outro, e encoraja a hostilidade ao outro, o que é uma ameaça aos valores democráticos mais básicos, que são a igualdade e a liberdade. Portanto, a homofobia deve ser considerada um delito suscetível de sanção jurídica.

2. A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA

A criminalização da homofobia não consiste em criar um tipo penal chamado homofobia e lhe cominar uma pena fixa, pois a homofobia pode estar presente em vários tipos penais já existentes. Assim, em geral, os projetos de lei que criminalizam a homofobia alteram um ou mais tipos penais acrescentando-lhes, seja como elementar, causa

de aumento de pena ou qualificadora, a motivação por preconceito de identidade ou orientação sexual.

Atualmente, em tramitação no Congresso Nacional, há os seguintes projetos de lei que criminalizam a homofobia: PLC 122/06, PLS 31/10, PLS 457/11 e PLS 236/12.

2.1. PLC 122/06

O projeto de lei mais conhecido como aquele que criminaliza a homofobia é o Projeto de Lei da Câmara (PLC) nº 122, de 2006^[xiv], de autoria da Deputada Federal Iara Bernardi, que tramita no Senado Federal. Após parecer da Comissão de Assuntos Sociais, foi aprovado um Substitutivo^[xv] que tramita atualmente na Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa.

O PLC 122/06, na forma que atualmente tramita no Senado Federal, altera a lei de racismo, Lei 7716/89, e o Código Penal, no que tange ao crime de injúria.

Em relação à Lei de racismo, o PLC 122/06 amplia sua abrangência para punir os crimes resultantes de preconceito de gênero, sexo, orientação sexual ou identidade de gênero. A Lei 7716/89^[xvi] pune atualmente os crimes resultantes de procedência de raça, cor, etnia, religião e procedência nacional.

A lei 7716/89 funciona da seguinte forma. O art. 1º determina os tipos de preconceito puníveis enquanto os art. 2 a 14 descrevem as condutas puníveis e as respectivas penas, e artigo 20 pune a prática, indução ou incitação à discriminação ou preconceito. O PLC 122/06 altera o art. 1º e o art. 20 para incluir novos preconceitos de

gênero, sexo, orientação sexual ou identidade de gênero, e inclui um parágrafo único ao art. 8, que pune a conduta de impedir ou restringir a expressão e a manifestação de afetividade em locais públicos ou privados abertos ao público de pessoas com as características previstas no art. 1º desta Lei, sendo estas expressões e manifestações permitidas às demais pessoas. Com as alterações da Lei 7716/89, a homofobia passa a ser considerada crime e punível como o racismo e demais crimes resultantes de preconceito.

O referido projeto^[xvii] altera também o Código Penal^[xviii] para incluir no tipo penal da injúria qualificada a utilização de elementos de gênero, sexo, orientação sexual ou identidade de gênero.

Atualmente o projeto tramita em conjunto com o PLS 236/12, o Projeto do Novo Código Penal.

2.2. PLS 31/10

O Projeto de Lei do Senado nº 31, de 2010, de autoria do Senador José Nery, aumenta a pena do crime de homicídio em 1/3 caso motivado por discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião, orientação sexual ou procedência nacional^[xix]. Por força do art. 129, §7º, do Código Penal, esta alteração também se aplicaria ao crime de lesão corporal. O projeto altera a legislação em direção ao combate ao preconceito e à discriminação homofóbica quando há resultado morte ou lesão corporal.

Entretanto, esse projeto foi apensado à reforma do Código Penal, tramitando em conjunto com o PLS 236/12.

2.3. PLS 457/11

O Projeto de Lei do Senado nº 457, de 2011, de autoria do Senador Pedro Taques, além de aumentar as penas dos crimes contra a honra, inclui como circunstância qualificadora da injúria do crime de injúria, a utilização de elementos de orientação sexual e identidade de gênero. Esse projeto busca o avanço da legislação no combate à homofobia^[xx].

Este foi mais um projeto enviado para tramitar junto com o PLS 236/12, o Projeto do Novo Código Penal.

2.4. PLS 236/12

O Anteprojeto de Código Penal^[xxi], de autoria do Senador José Sarney, o Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 236/2012, elaborado por uma Comissão de Juristas, sob a presidência do Ministro Gilson Dipp, foi o primeiro passo no Congresso Nacional para um Novo Código Penal que unifique as diversas leis penais extravagantes e adéque a legislação penal às mudanças da sociedade. Dentre as várias mudanças na legislação penal, o PLS 236/12 trouxe vários avanços com o objetivo de combater a homofobia.

Inicialmente, na Parte Geral, a motivação por preconceito de orientação sexual e identidade de gênero^[xxii] se torna uma agravante genérica. Em relação ao crime de homicídio, o preconceito de orientação sexual e identidade de gênero é equiparado a motivo torpe, que torna o homicídio qualificado^[xxiii]. No crime de lesão corporal dolosa, leve ou grave, o preconceito de identidade ou orientação sexual é causa de aumento de pena^[xxiv].

Nos crimes contra a honra, apenas para o crime de injúria, excluído a injúria real, a utilização de elementos referentes em identidade ou opção sexual torna o crime injúria qualificada[xxv], a exemplo do que ocorre hoje com a utilização de elementos racistas[xxvi].

A criação do tipo penal do crime de terrorismo, que ainda não existe no Direito Penal brasileiro, também faz referência à homofobia, com a referência do elemento subjetivo de motivação por preconceito de sexo, identidade ou orientação sexual:

Art. 239. Causar terror na população mediante as condutas descritas nos parágrafos deste artigo, quando: [...]

III – forem motivadas por preconceito de raça, cor, etnia, religião, nacionalidade, **sexo, identidade ou orientação sexual**, ou por razões políticas, ideológicas, filosóficas ou religiosas[xxvii]. [grifo do autor]

O crime de genocídio também é tipificado no PLS 236/12 e prevê entre as finalidades da conduta a destruição, parcial ou total, de um grupo, em razão de sua identidade de gênero ou orientação sexual.

Genocídio

Art. 459. Praticar as condutas descritas nos incisos abaixo com o propósito de destruir, total ou parcialmente, um grupo, em razão de sua nacionalidade, idade, idioma, origem étnica, racial, nativa ou social, deficiência, **identidade de gênero**

ou orientação sexual, opinião política ou religiosa:[xxviii] [grifo do autor]

A tipificação do crime de tortura também inclui a motivação por discriminação ou preconceito de identidade ou orientação sexual.

Art. 468. Constitui crime de tortura:

I – constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, ou após ter-lhe reduzido a capacidade de resistência, causando-lhe sofrimento físico ou mental: [...]

c) por motivo de discriminação ou preconceito de gênero, raça, cor etnia, **identidade ou orientação sexual**, religião, procedência nacional ou regional, ou por motivo assemelhado[xxix]. [grifo do autor]

Nos crimes de racismo e resultantes de preconceito e discriminação, a discriminação ou preconceito de identidade e orientação sexual também está elencado entre os possíveis elementos subjetivos dos tipos penais. Dentre as condutas penalizadas está a prática, indução ou incitação de discriminação ou preconceito de identidade e orientação sexual[xxx].

Verifica-se ao analisar o texto inicial do Anteprojeto de Código Penal que o PLS 236/12 foi categórico no combate à homofobia, demonstrando sem sombra de dúvidas a importância da criminalização das condutas motivadas por preconceito e discriminação por identidade e orientação sexual, nos crimes de homicídio, lesão corporal, injúria,

terrorismo, genocídio, tortura e crimes resultantes de preconceito e discriminação. Até hoje, o PLS 236/12 foi o projeto de lei que tratou a criminalização de forma mais efetiva e abrangente, mais inclusive do que o PLC 122/06, que tem o apelido de criminalizar a homofobia.

Entretanto, durante a tramitação do projeto na Comissão Temporária de Estudo da Reforma do Código Penal, em dezembro de 2013, foi aprovado um Substitutivo^[xxxi] que excluiu do texto qualquer menção ao preconceito ou discriminação por identidade ou orientação sexual. Atualmente, o texto do PLS 236/12 não faz qualquer referência à criminalização da homofobia.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ainda que demonstrada a importância do tema homofobia e a sua criminalização, verifica-se a sua inquestionável ausência na pauta do Congresso Nacional. Os projetos de lei em andamento estão parados, presos à tramitação do Projeto de Lei do Novo Código Penal, que atualmente excluiu de seu texto a criminalização da homofobia.

Dada a pressão que o Congresso Nacional sofre com outros temas importantes, como a reforma política, a redução da maioria penal, o Projeto de Lei do Novo Código Penal pode não ser votado em 2015. Caso seja, a possibilidade de evitar a discussão de um tema tão polêmico e aprovação mais rápida do projeto pode resultar na não inclusão em seu texto da criminalização da homofobia.

A mais forte aliada no momento é a presidente Dilma, que prometeu seu apoio à pauta. Entretanto, devido à crise do governo e

sua impopularidade atual, os esforços da presidente podem facilmente se desviar para outras pautas, e a criminalização da homofobia ficar esquecida.

Portanto, a homofobia e sua criminalização são uma pauta totalmente atual, que deve ser enfrentada pelo Congresso Nacional, mas que, por ora, foi deixada de lado.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

Acesso em: 30 abr. 2015

_____. *Decreto nº 5.105*, de 12 de março de 2004. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-

[2006/2004/decreto/d5015.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm). Acesso em: 30 abr. 2015.

_____. *Decreto-Lei nº 2.848*, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 30 abr. 2015.

_____. *Lei nº 7.210*, de 11 de julho de 1984. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm. Acesso em: 30

abr. 2015.

_____. *Lei nº 7.492*, de 16 de junho de 1986. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/17492.htm. Acesso em: 30 abr.

2015.

_____. *Lei 7.716*, de 5 de janeiro de 1989. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7716.htm. Acesso em 30

abr. 2015.

_____. *Lei nº 8.072*, de 25 de julho de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18072.htm. Acesso em: 30 abr. 2015.

_____. *Lei nº 8.137*, de 27 de dezembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18137.htm. Acesso em: 30 abr. 2015.

_____. *Lei nº 8.884*, de 11 de junho de 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18884.htm. Acesso em: 30 abr. 2015.

_____. *Lei nº 9.034*, de 3 de maio de 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19034.htm. Acesso em: 30 abr. 2015.

_____. *Lei nº 9.080*, de 19 de julho de 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9080.htm. Acesso em 30 abr. 2015.

_____. *Lei nº 9.269*, de 2 de abril de 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19269.htm. Acesso em 30 abr. 2015.

_____. *Lei nº 9.613*, de 3 de março de 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19613.htm. Acesso em: 30 abr. 2015.

_____. *Lei nº 9.807*, de 13 de julho de 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19807.htm. Acesso em: 30 abr. 2015.

_____. *Lei nº 10.149*, de 21 de dezembro de 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L10149.htm. Acesso em: 30 abr. 2015.

_____. *Lei nº 11.343*, de 23 de agosto de 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm. Acesso em: 30 abr. 2015.

_____. *Lei nº 12.529*, de 30 de novembro de 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm. Acesso em: 30 abr. 2015.

_____. *Lei nº 12.683*, de 9 de julho de 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12683.htm. Acesso em: 30 abr. 2015.

_____. *Lei nº 12.850*, de 2 de agosto de 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm. Acesso em: 30 abr. 2015.

GRUPO GAY DA BAHIA. *Assassinatos de Homossexuais (LGBT) no Brasil: Relatório 2013/2014*. Disponível em: <http://homofobiamata.files.wordpress.com/2014/03/relatc3b3rio-homicidios-2013.pdf>. Acesso em 29 abr. 2015.

_____. *Assassinatos de Homossexuais (LGBT) no Brasil: Relatório 2014*. Disponível em: <https://homofobiamata.files.wordpress.com/2015/01/relatc3b3rio-2014s.pdf>. Acesso em 29 abr. 2015.

KAAS, Hailey. O que é cissexismo. Transfeminismo. 04 jul. 2012. Disponível em <http://transfeminismo.com/o-que-e-cissexismo>. Acesso em 30 abr. 2015.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*, volume único. 2. ed. rev. ampl. e atual. Salvador, JusPODIVM, 2014.

LIONÇO, Tatiana; DINIZ, Debora (Org.). *Homofobia & Educação: um desafio ao silêncio*. Brasília: LetrasLivres: EdUnB, 2009. 196p.

LOURO, Guacira Lopes. *Corpo, escola e identidade*. Revista Educação & Realidade. Porto Alegre: v. 25, n. 2, julho a dezembro de 2000.

MASSON, Cleber. *Direito Penal Esquematizado: parte especial*, vol. 2. 6. ed. rev.. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 18. ed. rev. e ampl. Atual. de acordo com as leis n° 12.830, 12.850 e 12.878, todas de 2013. São Paulo: Atlas, 2014.

RAMOS, Leandro Ferreira. *O papel do Supremo Tribunal Federal no reconhecimento da união estável homoafetiva*. Conteudo Juridico, Brasilia-DF: 10 dez. 2012. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj041058.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2015. 70p.

SENADO FEDERAL. *Emenda n° 01 - CAS (SUBSTITUTIVO) – Projeto de Lei da Câmara n° 122, de 2006*. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/69390.pdf>.

Acesso em 30 abr. 2015.

_____. *Parecer da Comissão Temporária de Estudo da Reforma do Código Penal*, sobre o Projeto de Lei do Senado n° 236, de 2012. Disponível em:

<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=134532&tp=1>.

Acesso em: 30 abr. 2015.

_____. *Projeto de Lei da Câmara n° 122*, de 2006. Disponível em <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=45607&tp=1>. Acesso em 30 abr. 2015.

_____. *Projeto de Lei do Senado n° 31*, de 2010. Disponível em <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=73426&tp=1>. Acesso em 30 abr. 2015.

_____. *Projeto de Lei do Senado n° 236*, de 2012 – Segunda Parte – Anteprojeto de Código Penal. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=111516&tp=1>. Acesso em: 30 abr. 2015.

_____. *Projeto de Lei do Senado n° 457*, de 2011. Disponível em <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=94234&tp=1>. Acesso em 30 abr. 2015.

VENTURI, Gustavo; BOKANY, Vilma (Org.) *Diversidade Sexual e homofobia no Brasil*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2011. 252p. Il.

NOTAS:

[i] ZAMBRANO, Elizabeth. *Transexuais: identidade e cidadania*. In: VENTURI&BOKANY, 2011, p.99.

[ii] LOURO, 2000, p.63.

[iii] RAMOS, 2012, p.12.

[iv] LOURO, 2000, p.63.

[v] KAAS, 2012.

[vi] PRADO & JUNQUEIRA, *Homofobia, hierarquização e humilhação social*. In: VENTURY&BOKANY, 2011, p.52-53.

- [vii] BORRILLO, Daniel. *A homofobia*. In: LIONÇO&DINIZ, 2009, p.15.
- [viii] LEONEL, Vange. *Lesbofobia*. In: VENTURY&BOKANY, 2011, p.96.
- [ix] *Ibidem*, p.93.
- [x] KAAS, 2012.
- [xi] GRUPO GAY DA BAHIA, 2014.
- [xii] *Idem*, 2015.
- [xiii] BORRILLO, Daniel. *A homofobia*. In: LIONÇO&DINIZ, 2009, p.18.
- [xiv] SENADO FEDERAL. *Projeto de Lei da Câmara n° 122*, de 2006.
- [xv] SENADO FEDERAL. Emenda n° 01 – CAS (SUBSTITUTIVO) – Projeto de Lei da Câmara n° 122, de 2006.
- [xvi] BRASIL. *Lei 7.716*, de 5 de janeiro de 1989.
- [xvii] SENADO FEDERAL. Emenda n° 01 – CAS (SUBSTITUTIVO) – Projeto de Lei da Câmara n° 122, de 2006.
- [xviii] BRASIL. *Decreto-Lei 2.848*, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Art. 3°.
- [xix] SENADO FEDERAL. *Projeto de Lei do Senado n° 31*, de 2010.
- [xx] SENADO FEDERAL. *Projeto de Lei do Senado n° 457*, de 2011.
- [xxi] SENADO FEDERAL. *Projeto de Lei do Senado n° 236*, de 2012 – Segunda Parte – Antreprojeto de Código Penal.
- [xxii] *Ibidem*, art. 77, III, n, p.28.
- [xxiii] *Ibidem*, art. 121, §1°, I, p.44.
- [xxiv] *Ibidem*, art. 129, §7°, II, p.49.
- [xxv] *Ibidem*, art. 138, §1°, p.53.

[xxvi] BRASIL. *Decreto-Lei nº 2.848*, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Art. 140, §3º.

[xxvii] SENADO FEDERAL. *Projeto de Lei do Senado nº 236*, de 2012 – Segunda Parte – Antreprojeto de Código Penal, art. 239, p. 97.

[xxviii] *Ibidem*, art. 459, p. 165.

[xxix] *Ibidem*, art. 468, p. 169.

[xxx] *Ibidem*, art. 472, p. 172.

[xxxi] SENADO FEDERAL. *Parecer da Comissão Temporária de Estudo da Reforma do Código Penal*, sobre o Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012.

Conforme a NBR 6023:2000 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico publicado em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma: RAMOS, Leandro Ferreira. *A Criminalização da Homofobia: uma pauta atual*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 22 maio 2015. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.53486>>. Acesso em: 23 maio 2015.

O FRACASSO DO SISTEMA PENAL RETRIBUTIVO E CONSIDERAÇÕES TEÓRICAS SOBRE A JUSTIÇA RESTAURATIVA: NECESSIDADES DE AVANÇOS NO SISTEMA BRASILEIRO

DOUGLAS PEREIRA DA SILVA: Graduação em Curso de Formação de Oficiais pela Academia Policial Militar do Guatupê (1994), graduação em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (2009), com aprovação no Exame da Ordem dos Advogados do Brasil, possui também graduação em Administração pela Faculdade Estadual de Ciências Econômicas de Apucarana (1998) e mestrando em políticas públicas pela Universidade Estadual de Maringá. Tem experiência na área de Direito, com ênfase no Direito Administrativo Militar e Polícia Judiciária Militar. Tem experiência no setor público, principalmente em gestão de pessoas e projetos.

“Não temos que fazer do Direito Penal algo melhor, mas sim fazer algo melhor do que o Direito Penal..” (Gustaw Radbruch).

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O sistema de resolução de conflitos, fundado no direito penal *retributivo* encontra-se deteriorado no Brasil: presídios superlotados, com estabelecimentos que não oferecem o mínimo de condições para atender às necessidades dos presos. Nesse contexto começou a difundir a chamada Justiça Restaurativa, que é um processo de “restauração” do ambiente social afetado pela prática da conduta delituosa, que rompe a harmonia social. Contrapõe a Justiça *retributiva*, em que a pena é vista simplesmente como uma “retribuição” (castigo) pela prática da infração delituosa.

A filosofia de Justiça Restaurativa é uma forma de solução de conflito, com o foco voltado tanto para vítima, quanto ao ofensor e pelas demais pessoas interessadas na solução do conflito instaurado, buscando a restauração de suas vidas e de sua interação social. Observe, então,

que no processo *restaurativo* há o envolvimento de vários atores (vítima, autor e comunidade) interessados na resolução do conflito social. Essa Justiça Restaurativa “baseia-se num procedimento de consenso, em que a vítima e o infrator, e, quando apropriado, outras pessoas ou membros da comunidade afetados pelo crime, como sujeitos centrais, participam coletiva e ativamente na construção de soluções para a cura das feridas, dos traumas e perdas causados pelo crime” (GOMES PINTO, in SLAKMON et. al., 2005, p. 20).

Observe que a Justiça Restaurativa busca romper com o monopólio da Justiça penal, a cargo do Estado (*jus puniendi*). No entanto, não é o objetivo desse artigo tecer longas discussões sobre a (in) constitucionalidade do processo restaurativo e sim tecer considerações, a nível teórico, sobre seus fundamentos e premissas. Na realidade a Justiça Restaurativa vem propor novas formas de solução de conflitos desapegadas do aparato do Poder Judiciário, buscando solução através do diálogo e o do consenso. Seria uma forma de autocomposição do litígio, posto em deslinda. É uma nova proposta ao combate à violência e aos problemas afetos à comunidade.

O termo violência no seu sentido amplo compreende não somente as infrações penais tipificadas nas leis brasileiras, mas também toda a forma de ofensa que causa alguma espécie de dano às pessoas. Abramovay (2002, p. 22) esclarece que a violência “[...] não somente atinge a integridade física, mas também as integridades psíquicas, emocionais e simbólicas de indivíduos ou grupos nas diversas esferas sociais, seja no espaço público, seja no espaço privado”. Michaud (1989, p. 10-11) caracteriza a existência da violência quando:

[...] numa situação de interação, um ou vários atores agem de maneira direta ou indireta, maciça ou esparsa, causando danos a uma ou várias pessoas em graus variáveis, seja em sua integridade física, seja em sua integridade moral, em suas posses, ou em suas participações simbólicas e culturais.

Entretanto, o foco de estudo dos conflitos interpessoais considerados nesse trabalho são àqueles que também constituem infrações penais, muito embora as práticas restaurativas possam ser aplicadas na resolução de todo o tipo de conflito sejam eles infrações penais ou não.

2. NOÇÕES ELEMENTARES SOBRE: DIREITO, ESTADO, POLÍCIA, CONTROLE SOCIAL, PENA, DIREITO PENAL E JUSTIÇA

O Direito surgiu com a necessidade de regular a vida em sociedade, assim “Podemos, pois, dizer, sem maiores indagações, que o Direito corresponde à exigência essencial e indeclinável de uma convivência ordenada, pois nenhuma sociedade poderia subsistir sem um mínimo de ordem, de direção e solidariedade” (REALE, 2001, p. 16). Assim:

O homem é um ente social e gregário. Não se concebe, salvo situações excepcionais, que possa viver isoladamente. Entre as necessidades humanas mais profundas está a do convívio social, a de estabelecer relações com outros homens, com as mais diversas finalidades e os mais variados graus de intensidade (GONÇALVES, 2012, p. 23).

Já “O Estado é uma organização destinada a manter, pela aplicação do Direito, as condições universais de ordem social. E o Direito é o conjunto das condições existenciais da sociedade, que ao Estado cumpre assegurar” (MALUF, 2014 p. 15). Note-se, pois que Direito e Estado são essencialmente interligados. Maluf (2014, p. 14-17) distingue as três formas de relação entre Direito e Estado.

A primeira forma seria aquela descrita pela Teoria Monística:

[...] segundo a qual o Estado e o Direito confundem-se em uma só realidade. Os dois fenômenos *sunt unum et idem*, na expressão usada por Kelsen. Para os monistas só existe o direito estatal, pois não admitem eles a ideia de qualquer

regra jurídica fora do Estado. O Estado é a fonte única do Direito, porque quem dá vida ao Direito é o Estado através da “força coativa” de que só ele dispõe. Regra jurídica sem coação, disse Ihering, é uma contradição em si, um fogo que não queima, uma luz que não ilumina. Logo, como só existe o Direito emanado do Estado, ambos se confundem em uma só realidade. Foram precursores do monismo jurídico Hegel, Hobbes e Jean Bodin. Desenvolvida por Rudolf von Ihering e John Austin, alcançou esta teoria a sua máxima expressão com a escola técnico-jurídica liderada por Jellinek e com a escola vienense de Hans Kelsen [...] (MALUF, 2014, p. 15).

Observe que para a teoria Monista apenas o Estado pode ser considerada fonte do Direito. Por outro lado a teoria Dualista admite:

[...] serem o Estado e o Direito duas realidades distintas, independentes e inconfundíveis. Para os dualistas o Estado não é a fonte única do Direito nem com este se confunde. O que provém do Estado é apenas uma categoria especial do Direito: o direito positivo. [...]. O dualismo (ou pluralismo), partindo de Gierke e Gurvitch, ganhou terreno com a doutrina de Léon Duguit, o qual condenou formalmente a concepção monista, admitiu a pluralidade das fontes do Direito positivo e demonstrou que as normas jurídicas têm sua origem no corpo social. Desdobrou-se o pluralismo nas correntes sindicalistas e corporativistas, e, principalmente, no institucionalismo de Hauriou e Rennard, culminando, afinal, com a preponderante e vigorosa doutrina de Santi Romano, que lhe deu um alto teor de precisão científica [...]” (MALUF, 2014, p. 16-17).

Por fim surgiu a teoria do paralelismo, que veio de certa forma preencher as lacunas deixadas pela teoria do dualista, mas assim como ela se opõe a teoria do monista e o a ideia do Estado como única fonte do Direito. As ideias principais dessa teoria são:

[...] o Estado e o Direito são realidades distintas, porém necessariamente interdependentes. Esta terceira corrente, procurando solucionar a antítese monismo-pluralismo, adotou a concepção racional da graduação da positividade jurídica, defendida com raro brilhantismo pelo eminente mestre de Filosofia do Direito na Itália, Giorgio Del Vecchio. Reconhece a teoria do pluralismo a existência do direito não estatal, sustentando que vários centros de determinação jurídica surgem e se desenvolvem fora do Estado, obedecendo a uma graduação de positividade. Sobre todos estes centros particulares do ordenamento jurídico, prepondera o Estado como centro de irradiação da positividade. O ordenamento jurídico do Estado, afirma Del Vecchio, representa aquele que, dentro de todos os ordenamentos jurídicos possíveis, se afirma como o “verdadeiramente positivo”, em razão da sua conformidade com a vontade social predominante. A teoria do paralelismo completa a teoria pluralista, e ambas se contrapõem com vantagem à teoria monista. Efetivamente, Estado e Direito são duas realidades distintas que se completam na interdependência [...] (MALUF, 2014, p. 17).

Uma das necessidades tanto do surgimento do Estado, quanto das normas de convivência social (Direito) foram, sem dúvida nenhuma, a necessidade do controle social e dos impulsos humanos (violência). Isso porque:

A psicologia profunda tem demonstrado que o ser humano é movimentado por instintos, que, se não sujeitos à repressão, podem colocar em risco a própria vida em comunidade. Por isso, desde há muito que o grupo social estabeleceu regras de conduta, impostas a todos ou a alguns de seus membros. A preservação da vida em comum exige a imposição de regras, pois o homem não pode existir exclusivamente para satisfazer os próprios impulsos e instintos (GONÇALVES, 2012, p. 23).

Quanto à natureza humana e sua influência na violência, os teóricos do comportamento humano partem de dois pontos primordiais para justificar a origem da violência do Homem: primeiro ela é inata ao ser humano, como defendida por Hobbes (2012), ou ela é decorrente do meio social, como defendida por Rousseau (1985).

No primeiro aspecto, descreve a concepção da pessoa como sendo violenta e hostil. Para Hobbes a ausência de um Estado forte, amparado nas leis divinas poderia conduzir o Estado aos caos da sociedade primitiva, onde prevalecia o estado natural do Homem, onde somente existia a guerra civil. Segundo ele, a destruição de todas as leis, divinas e humanas, levaria governo e sociedade a regressar ao caos primitivo da violência e da guerra civil (HOBBS, 2012).

No segundo aspecto, a origem da violência seria a influência da sociedade. O homem seria bom em seu estado natural, mas a vivência em sociedade o teria corrompido, ou seja, “O homem é naturalmente bom, o mal é consequência da sociedade” (ROUSSEAU, 1985, p. 8).

Independentemente da origem dos instintos humanos inadequados ao convívio social, existem diversas formas de se exercer o controle social (inclusive sobre a violência). Observe:

O controle social se exerce, pois, através da família, da educação, da medicina, da religião, dos

partidos políticos, dos meios massivos de comunicação, da atividade artística, da investigação científica, etc. [...] O controle social se vale, pois, desde meios mais ou menos “difusos” e encobertos até meios específicos e explícitos, como é o sistema penal (polícia, juízes, agentes penitenciários, etc.). A enorme extensão e complexidade do fenômeno do controle social demonstra que uma sociedade é mais ou menos autoritária ou mais ou menos democrática, segundo se oriente em um ou outro sentido a totalidade do fenômeno e não unicamente a parte do controle social institucionalizado ou explícito. (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2006, p.61).

Uma das formas que a sociedade encontrou para exercer o controle social foi à submissão de seus integrantes a normas, a quem todos deviam obediência (princípio da legalidade). No caso específico das infrações penais, surgiram as normas penais, reguladas pelo Direito Penal. Assim, o Direito Penal é o conjunto de normas jurídicas voltado à fixação dos limites do poder punitivo do Estado, instituindo infrações penais e as sanções correspondentes, bem como regras atinentes à sua aplicação (NUCCI, 2011, p. 67). Portanto, “a finalidade do Direito penal é proteger os bens mais importantes e necessários para a própria sobrevivência da sociedade [...]” (GREGO, 2011, p. 2). Já crime “é todo fato humano que, propositada ou descuidadamente, lesa ou expõe a perigo bens jurídicos considerados fundamentais para a existência da coletividade e da paz social [...]” (CAPEZ e PRADO, 2012, p.55). O sistema penal tradicional utiliza-se da pena como instrumento de controle social. Quanto à pena, os autores destacam seu caráter *retributivo*:

Pena. Sanção penal de caráter aflitivo, imposta pelo Estado, em execução de uma sentença, ao culpado pela prática de uma infração penal, consistente na restrição ou privação de um bem jurídico, cuja finalidade é aplicar a retribuição punitiva ao delinquente, promover a sua

readaptação social e prevenir novas transgressões pela intimidação dirigida à coletividade. (CAPEZ e PRADO, 2012, p. 126).

A fim de assegurar o cumprimento da Lei surgiu a polícia, que é uma instituição encarregada de manter a ordem pública, a liberdade, a propriedade e a segurança dos cidadãos, assim o caráter principal da polícia é a vigilância, e o objeto da sua solicitude é toda a sociedade (REGO, 1860, p. 77).

A polícia se divide ainda em dois ramos principais: a **polícia administrativa** e a **polícia judiciária**, embora ambas componham à função administrativa do Estado. A polícia *administrativa* é também denominada de polícia preventiva, porque exerce sua atividade, *a priori*, antes do ilícito ocorrer, procurando evitar que eles se verifiquem (CRETELLA JÚNIOR 1961, p. 39-40). Já a Polícia Judiciária tem natureza predominantemente repressiva, eis que se destina à responsabilização penal do indivíduo (CARVALHO FILHO, 2011, p. 120). No entanto, adverte Cretella Júnior (1961, p. 41) que o termo “repressivo” merece reparos porque não reprime delitos, mas funciona como auxiliar do Poder Judiciário nessa função.

Polícia significa, então, restrição à liberdade em prol do interesse público e isso é conseguido através do efetivo exercício do poder de polícia, que é a faculdade discricionária da Administração de limitar as liberdades individuais em prol dos interesses coletivos (CRETELLA JÚNIOR 1961, p. 54).

Por fim tem-se a noção de Justiça (Poder Judiciário) que no Brasil, em matéria de conflitos penais, possui o papel de dizer o direito de forma definitiva, atuando, assim, como o mecanismo de controle social mais importante, a fim de assegurar a integridade da sociedade.

O sistema de repressão ao crime é complexo e envolve inúmeros órgãos. Na apuração de infrações penais, por exemplo, atua o chamado aparato estatal, composto pelos órgãos do Poder Judiciário (juízes e auxiliares), e outros órgãos como o Ministério Público, Defensores Públicos, Polícia, Criminalística, entre outros, além de advogados das

partes. Ainda deve ser incluído nesse aparato, o complexo de sistemas públicos destinados ao encarceramento do preso (presídios, delegacias, centros de detenção etc.).

3. EVOLUÇÃO DO PENSAMENTO PENAL E DAS FORMAS DE SOLUÇÃO DE LITÍGIOS

Nos primórdios prevalecia à vingança como forma de Justiça baseada na morte e na Lei de Talião. Nessa época “a vingança e a pena, confundia-se uma como a outra, reduzia-se a um ferimento tal que bastasse para ressarcir a vítima ou seus amigos, ou a dor causada ao ofendido” (LOMBROSO, 2007, p. 91).

Na Grécia Antiga em uma primeira fase, prevalecia à vingança de sangue, que terminou cedendo espaço ao talião e à composição; por sua vez, o Direito Canônico, que predominou na Idade Média, perpetuou o caráter sacro da punição, que continuava severa, mas havia, ao menos, o intuito corretivo, visando à regeneração do criminoso (NUCCI, 2011, p. 74-75).

O caráter desumano das penas influenciou vários filósofos e juristas, propiciando o surgimento de novas formas de pensar; o surgimento da obra “Dos delitos e das Penas”, de Cesare Bonesana se insere nesse contexto e marcou o nascimento da corrente de pensamento denominada Escola Clássica, pois contrário à pena de morte e às penas cruéis, pregou o Marquês de Beccaria o princípio da proporcionalidade da pena à infração praticada, dando relevo ao dano que o crime havia causado à sociedade (NUCCI, 2011, p. 75).

Sobre o direito de punir já advertia Beccaria (2001, p. 9) que “A Moral política não pode proporcionar à sociedade nenhuma vantagem durável, se não for fundada sobre sentimentos indeléveis do coração do homem. Toda lei que não for estabelecida sobre essa base encontrará sempre uma resistência à qual será constrangida a ceder”.

Sobre o processo de modernização do Direito Penal e do desenvolvimento da escola clássica comenta Nucci (2011, p. 75-78).

É inequívoco que o processo de modernização do direito penal somente teve início com o Iluminismo, a partir das contribuições de Bentham (Inglaterra), Montesquieu e Voltaire (França), Hommel e Feuerbach (Alemanha), Beccaria, Filangieri e Pagano (Itália). Houve preocupação com a racionalização na aplicação das penas, combatendo-se o reinante arbítrio judiciário [....].

A escola clássica (essa denominação somente surge depois de sua existência consolidada, visando contrapor-se à denominada escola positiva) encontrou seu grande representante e consolidador em Francesco Carrara, que se manifestou contrário à pena de morte e às penas cruéis, afirmando que o crime seria fruto do livre-arbítrio do ser humano, devendo haver proporcionalidade entre o crime e a sanção aplicada [....]. O escopo da pena era retribuir o mal do crime com o mal da sanção, embora pudesse haver - e até fosse desejável que ocorresse - a emenda do infrator. Essa situação, no entanto, não concernia ao Direito Penal.

Cesare Lombroso (1835-1909) criminologista italiano tornou-se conhecido pelos seus estudos e teorias de como determinadas características físicas e mentais influenciava na criminalidade humana. Lombroso é considerado o criador da Antropologia Criminal e suas ideias inovadoras para época deram nascimento à Escola Positiva de Direito Penal, que baseava sua interpretação em fatos e investigações científicas. Muito embora, posteriormente, as teorias de Lombroso tenham sido contestadas sua principal contribuição foi o estudo do homem criminoso. Observe a contribuição de Lombroso para o desenvolvimento de nova teoria penal, principalmente no caso de ponderação da pena a ser aplicada ao infrator (personalidade da conduta criminal):

Com a publicação do livro O homem delinquente (1876), de Cesare Lombroso, cravou-se o marco da linha de pensamento denominada escola positiva. Lombroso sustentou que o ser humano poderia ser um criminoso nato, submetido a características próprias, originárias de suas anomalias físico-psíquicas [.....]. Defendeu Enrico Ferri que o ser humano seria responsável pelos danos que causasse simplesmente porque vivia em sociedade. Negou terminantemente o livre-arbítrio, defendido pela escola clássica. Assim, o fundamento da punição era a defesa social. A finalidade da pena consubstanciava-se, primordialmente, na prevenção a novos crimes. [.....]. Não há dúvida de que a escola positiva exerceu forte influência sobre o campo da individualização da pena, princípio que rege o Direito Penal até hoje, levando em consideração, por exemplo, a personalidade e a conduta social do delinquente para o estabelecimento da justa sanção (NUCCI, 2011, p 78-79).

Comparando as duas importantes teorias observa-se que cada uma delas analisa o crime e a violência sob determinado prisma. Para a Escola Clássica o agente possui seu "livre arbítrio" para realização do fato típico, pouco ou nada se importando com as características pessoais do agente criminoso:

[.....] não obstante o engenho dos grandes criminalistas clássicos, em vista do método por eles adotado, pois que não se preocupando em conhecer cientificamente a realidade humana e as causas da delinqüência, não era possível que delas indicassem os remédios adequados (FERRI, 1998, p. 61).

Já a Escola Positiva deu grande ênfase as características humanas, com base em estudos das ciências sociais (Antropologia, Psiquiatria, Psicologia, Sociologia, Estatística etc.). Em conclusão:

Ambas as escolas merecem críticas, justamente por serem radicalmente contrapostas. Enquanto a clássica olvidava a necessidade de reeducação do condenado, a positiva fechava os olhos para a responsabilidade resultante do fato, fundando a punição no indeterminado conceito de periculosidade, conferindo poder ilimitado ao Estado, ao mesmo tempo em que não resolve o problema do delinquente ocasional, portanto, não perigoso [...]. Apreciando as inúmeras escolas penais, professa Frederico Marques que, na escola clássica houve excesso de preocupação com o homem abstrato, sujeito de direitos, elaborando suas ideias com o método dedutivo do jusnaturalismo, enquanto na escola positiva houve uma hipertrofia naturalista, preocupando-se em demasia com as leis físicas que regem o universo, em detrimento da espiritualidade da pessoa humana. A escola eclética denominada técnico-jurídica, por sua vez, baseou-se na hipertrofia dogmática, sem grande conteúdo (NUCCI, 2011, p 78-80).

Terminada a Segunda Grande Guerra, a evolução do Direito Penal provoca o surgimento do movimento denominado escola da “defesa social”. De acordo com ela deve ser priorizada a proteção da sociedade, em detrimento, da sede de vingança, do anseio punitivo do agente que teria praticado o crime. Essa teoria valoriza conceitos preventivos e por intervenções educativas e reeducativas:

Assim, não deve ser impetrada uma pena para cada delito, mas sim buscada uma penalidade para cada pessoa, fortalecendo o conceito de individualização pessoal da função punitiva. Segundo lição de Oswaldo Henrique Duek Marques, afasta-se do positivismo e volta a afirmar o livre-arbítrio como fundamento da imputabilidade,

demonstrando que o crime é expressão de uma personalidade única, impossível de haver a padronização sugerida pela escola fundada por Lombroso. A nova defesa social reconhece que a prisão é um mal necessário, embora possua inúmeras consequências negativas, devendo-se, no entanto, abolir a pena de morte. Prega ainda, a descriminalização de certas condutas, especialmente aquelas que são consideradas crimes de bagatela, evitando-se o encarceramento indiscriminado (NUCCI, 2011, p. 80).

Ainda nas últimas décadas têm surgido novos modelos teóricos denominados de prevenção geral positiva. A expressão assume sentido de prevenção e tratamento com as chamadas "Medidas Adequadas para a Reeducação e Ressocialização". Quanto à intervenção do Estado a doutrina encontra-se dividida:

[.....] reafirmando que a pena não serve para intimidar criminosos, mas apenas para reafirmar a "consciência social da norma", demonstrando a sua vigência por meio da aplicação da sanção penal. A teoria da prevenção geral positiva divide-se em: a) fundamentadora (Jakobs, Welzel), sustentando que a aplicação da pena tem o poder de evidenciar que o agente do crime não se conduzam corretamente, servindo de orientação aos cidadãos para o cumprimento das normas em geral, com função educativa. Por isso é contrária ao direito penal mínimo; b) limitadora (Roxin, Mir Pmg, Silva Sánchez, Mufioz Conde), reafirmando as bases da anterior, embora pregando que a intervenção do Estado deve ser limitada (NUCCI, 2011, p. 80).

Pode-se observar que o Direito Penal no decorrer da História buscou novas formas e modelos no intuito de combater a violência, mas, tudo indica que o modelo ideal ainda não foi encontrado. Interligado

com o desenvolvimento do Direito Penal está também às formas de resolução de conflitos.

A forma mais antiga de solução de conflitos foi à defesa própria pelo interessado, naquilo que a doutrina passou a denominar de autotutela que:

caracteriza-se, basicamente, pelo uso da força bruta para satisfação de interesses. A própria repressão aos atos criminosos se fazia ora em regime de vingança ou de Justiça privada, ora pelo Estado, sem a interposição de órgãos imparciais (CAPEZ, 2012, p. 50).

De fato, “O emprego da força maior deve ter sido a forma mais usual para a solução do conflito. Era a ‘autodefesa’. O grande problema desse sistema é que poderia ocorrer à impunidade, no caso do ofendido não reagisse ou fosse mais fraco que o ofensor” (TOURINHO FILHO, 2012, p. 22).

Nota-se que na autotutela, a solução do conflito de interesses “[...] se dá pela imposição parcial de um deles, com sacrifício do interesse do outro. Solução egoísta e parcial do litígio. O ‘juiz da causa’ é uma das partes” (DIDIER JÚNIOR, 2012, p. 105). Hoje no direito brasileiro o exercício da autotutela é exceção (por exemplo: Cód. Civil, art. 1210, § 1º).

Uma segunda forma de resolução de conflitos é a autocomposição, que: “[...] ocorre quando uma das partes integrantes do conflito abre mão do seu interesse em favor da outra, ou quando ambas renunciam à parcela de suas pretensões para solucionar pacificamente suas divergências” (CAPEZ, 2012 p. 51).

Houve notável evolução em relação ao sistema anterior devido a necessidade do “[...] consentimento espontâneo de um dos contendores em sacrificar o interesse próprio, no todo o em parte, em favor do interesse alheio” (DIDIER JÚNIOR, 2012, p. 105). Explica, ainda, Didier (2012, p. 106) que a autocomposição é o gênero de que são espécies a

transação (concessão mútuas) e a submissão voluntária ao interesse alheio.

Posteriormente começou a desenvolver um novo sistema em que consiste na escolha de pessoas desinteressadas (imparciais) na solução do conflito, no modelo denominado arbitragem “facultativa” ou “obrigatória” conforme o estágio do desenvolvimento do sistema. Posteriormente a escolha do árbitro passou a ser realizada pela autoridade estatal:

A intervenção de terceiro na solução do conflito surgiu inicialmente com a escolha, pelos próprios conflitantes, de um árbitro imparcial. Essa escolha recaía, em geral, sobre sacerdotes, que julgavam de acordo com a vontade dos deuses, ou sobre anciãos, que decidiam de acordo com os costumes e tradições locais. Aos poucos, o Estado foi-se afirmando e conseguiu impor-se aos particulares [...]. Posteriormente, o Estado passou a ter o poder de indicar o árbitro, independentemente da vontade das partes, passando-se de um sistema inicial de arbitragem facultativa (o árbitro era escolhido pelos próprios litigantes) a um sistema de arbitragem obrigatória (a escolha cabia exclusivamente ao poder estatal) (CAPEZ, 2012, p. 51-52).

Com o surgimento e o desenvolvimento do conceito de Estado, a tarefa de solucionar conflitos foi para ele atribuída. Primeiramente cabia ao soberano (Absolutismo); depois a órgãos independentes, integrantes do Poder Judiciário (Montesquieu), como o surgimento do conceito de jurisdição, como um dos poderes do Estado.

A Jurisdição é a atividade do Estado para aplicar as leis, como função específica, de forma imparcial e definitiva, ou seja:

A jurisdição é a função atribuída a terceiro imparcial de realizar o direito de modo imperativo e criativo, reconhecendo, efetivando, protegendo

situações jurídicas concretamente deduzidas, em decisão insuscetível de controle externo e com aptidão para tornar-se indiscutível (DIDIER, 2012, p. 95).

Hoje, no Brasil, o Estado tem se mostrado ineficiente na resolução de todos os conflitos sociais, em prazo razoável. Por isso é necessário procurar novas formas que atribuam a terceiros o papel de auxiliar. Nesse aspecto foi publicada a Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem) que especifica que “As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis” (art. 1º), sendo que “a sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo” (art. 31). É certo, porém, que a escolha pelo processo arbitral é facultativa, pois “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (CF-88, art. 5º, XXXV).

Outras leis foram publicadas dando ao Estado um papel mais passivo na solução de conflitos, como a Lei dos Juizados Especiais, a Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995 e o Estatuto da Criança e Adolescente, A Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 que permitem a conciliação.

4. PANORAMA DO SISTEMA BRASILEIRO DE CUMPRIMENTO DE PENA E DO MODELO PENAL BRASILEIRO: O FRACASSO DO SISTEMA ADOTADO

No Brasil o modelo *retributivo* da pena e o encarceramento do preso não surtiram os efeitos desejados. Os estabelecimentos penais brasileiros não estão aptos a oferecer aos presos à assistência de que eles necessitam, conforme previsto na Lei de Execuções Penais, Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984, que prevê que “A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade” (art. 10). A assistência prevista em lei compreende a assistência material; a assistência à saúde; a assistência jurídica;

a assistência à educação; a assistência social e a assistência religiosa (art. 11).

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) traçou recentemente o novo diagnóstico de pessoas presas no Brasil. Segundo o diagnóstico, a nova população carcerária brasileira é de 567.655 pessoas presas; no entanto a capacidade do sistema é de 357.219 vagas. Há, portanto, um *déficit* de 210.436 vagas (CNJ, 2014, p. 17). Deve-se destacar ainda que, se levar em consideração as 147.937 pessoas em prisão domiciliar, o número de pessoas presas chega a 715.592 (CNJ, 2014, p. 6-7) e o *déficit* carcerário chega a 358.373 vagas.

Deve-se destacar que a chamada prisão domiciliar é (ou pode ser) concedida pela Justiça aos presos de qualquer um dos regimes de prisão (fechado, semiaberto e aberto) devido a problemas de saúde, que não podem ser tratados na prisão ou quando não existe unidade prisional própria para o cumprimento de determinado regime, como o semiaberto, por exemplo. Portanto, o número de presos em regime domiciliar deve ser computados porque, muitas vezes eles estão nesse regime por falta de estabelecimento apropriado, ou devido a situações temporárias (problemas de saúde).

Pois bem, o número de pessoas presas (incluindo as de prisão domiciliar) é de 715.592. Acontece que o Brasil possui ainda 373.991 mandados de prisão a cumprir (CNJ, 2014, p. 17). Dessa forma, caso fossem cumpridos todos os mandados de prisão, a população carcerária chegaria aos incríveis 1.089.583. E nessa situação hipotética o *déficit* seria de 732.364 vagas.

No Brasil há 358 presos por grupo de 100.000 habitantes; já outros países apresentam números bem inferiores, como a Argentina (149); México (212); África do Sul (294) e Alemanha (78) (CNJ, 2014, p. 11).

A taxa de ocupação do sistema também é preocupante (para não dizer inaceitável). O Brasil apresenta uma taxa de ocupação de 200% (CNJ, 2014, p. 13). Isso significa que o sistema deveria dobrar o número de vagas para que a equação se equiparasse. Ou melhor, para que o sistema se torne “lotado” e sem vagas, é preciso primeiro, dobrar o número de vagas existentes. Observe que essa

taxa encontra-se através da divisão do número de presos do sistema (incluindo a prisão domiciliar) pelo número de vagas do sistema, multiplicado por 100. Noutros países a taxa de ocupação é bem menor, como a Argentina (102); México (126); África do Sul (128) e Alemanha (82) (CNJ, 2014, p. 13).

Com as novas estatísticas, quando computados os dados com a prisão domiciliar, o Brasil passa a contar com a terceira maior população carcerária do mundo. Os cálculos, com a inclusão das prisões domiciliares, fizeram o Brasil ultrapassar a Rússia, que tem 676.400 presos. Já o Brasil possui 715.592 presos, ficando atrás somente da China (1.701.344) e Estados Unidos da América (2.228.424). Os dados ficariam bem mais desfavoráveis ao Brasil caso levasse em consideração o número de habitantes de cada país (número de pessoas presas por grupo de 100.000 habitantes).

A falência do sistema adotado também está comprovada em outros dados. Por exemplo, o índice de mortes violentas ocorridas no Brasil. Em 2013, ocorreram 53.646 mortes violentas (incluindo aí os homicídios dolosos, os latrocínios e as lesões corporais seguidas de morte) (Anuário Brasileiro de Segurança Pública - ABSP, 2014, p. 6). Ainda naquele ano (2013) 490 policiais foram mortos, de forma violenta; nos últimos cinco anos (2009-2013) foram 1.770, sendo que 75,3% dessas mortes ocorreram fora do serviço policial (ABSP, 2014, p. 6). Por outro lado nesse mesmo período (2009-2013) ao menos 6 pessoas foram mortas por dia pelas polícias brasileiras, sendo que 81,8% delas foram mortas por policiais de serviço (ABSP, 2014, p. 6). No período de cinco anos (2009-2013) houve 11.197 pessoas mortas pelas polícias brasileiras; os Estados Unidos da América somente atingiram número semelhante num prazo de trinta anos (1983-2012) (ABSP, 2014, p. 6).

Uma análise do sistema penitenciário brasileiro e de sua evolução da população carcerária no período de 1990-2010 comprova o cenário caótico. A população carcerária cresceu 450% entre 1990 - 2010, enquanto a população nacional cresceu apenas 26,7% no mesmo período (Instituto de Pesquisa e Cultura Luiz Flávio Gomes - IPC-LFG,

2011, p. 6). Apenas no período de 2002-2003 ocorreu notável explosão carcerária de 239.345, em 2002 para 308.304, em 2003.

No Brasil ainda, com dados de 2010, cerca de 6% dos presos são analfabetos; 12% alfabetizados e 43% não concluíram o ensino fundamental (IPC-LFG, 2011, p. 30). No Brasil também os negros são 18,4 % mais encarcerados e 30,5% mais vítimas de homicídio (ABSP, 2014, p. 6). O sistema é, portanto, discriminatório.

Nossa Carta Magna diz que todos são iguais perante a Lei, sem distinção de qualquer natureza (CF-88, art. 5º, Caput), mas nosso sistema penal é seletivo, somente atingindo determinada camada da população. Além do complexo sistema de recursos, que favorecem os mais abastados, que podem contratar os melhores defensores. Na verdade:

O sistema penal é apresentado como igualitário, atingindo igualmente as pessoas em função de suas condutas, quando na verdade seu funcionamento é seletivo, atingindo determinadas pessoas, integrantes de determinados grupos sociais, a pretexto de suas condutas [...] O sistema penal é também apresentado como justo, na medida em que buscaria prevenir o delito, restringindo sua intervenção aos limites da necessidade – na expressão de Von Liszt, ‘só a pena necessária é justa’-, quando de fato seu desempenho é

repressivo, seja pela frustração de suas linhas preventivas, seja pela incapacidade de regular a intensidade das respostas penais, legais ou ilegais.

(BATISTA, 2007, p. 25-26).

Ainda deve-se destacar a ineficiência do serviço policial e do aparato do Poder Judiciário, deixando impune uma grande massa de infratores. Acrescente também os chamados crimes praticados pelas classes privilegiadas, onde se inclui os políticos e as pessoas de alto poder aquisitivo, que conseguem manobrar legalmente

todo o sistema e escapam impunes ou com penas essencialmente irrisórias. De fato:

além da cifra negra dos delinqüentes que escapam a toda detenção oficial, existe uma cifra dourada de delinqüentes que detêm o poder público e o exercem impunemente, lesando a coletividade e cidadãos em benefício de sua oligarquia, ou que dispõem de um poderio econômico que se desenvolve em detrimento da sociedade. (CASTRO, 1983, p.75).

Em síntese o Direito Penal não é igual para todos, porque conforme especificado anteriormente a maioria dos presos que se encontram no sistema sequer possuem o ensino fundamental (IPC-LFG, 2011, p. 30). Assim:

a) O direito penal não defende todos e somente os bens essenciais, nos quais estão igualmente interessados todos os cidadãos, e quando pune as ofensas aos bens essenciais o faz com intensidade desigual e de modo fragmentário;

b) a lei penal não é igual para todos, o status de criminoso é distribuído de modo desigual entre os indivíduos;

[...] (BARATTA, 2002, p.162).

Por todos esses fatores o sistema adotado, com base no direito penal e processual penal, calcado no modelo “clássico” encontra-se fracassado e não conseguiu surtir os efeitos desejados:

O modelo *clássico* de Justiça penal é o *retributivo*, fundado basicamente na pena de prisão ou na medida de segurança e na crença dissuasória da pena (teoria da prevenção geral negativa ou intimidação que tem como fonte a doutrina de FEUBACH). O Direito Penal clássico é, portanto, um

Direito “binário”, ou seja, só conhece duas formas de reação ao delito: pena (de prisão ou multa a favor do Estado) e Medida de Segurança (que se aplica no Brasil, ao inimputável do artigo 26 do código penal e ao semi-inimputável, desde que apresente concreta periculosidade e necessidade especial de tratamento curativo – CP – art. 98). A reparação dos danos a vítima representa, nesse contexto, uma “terceira via” (ROXIN) (GOMES, 2011, p. 185).

Acrescente a isso o sistema caótico de cumprimento de pena e a ineficácia do Estado em cumprir sua função no processo de repressão e prevenção do crime.

5. JUSTIÇA RESTAURATIVA

Algumas indagações preliminares devem ser expostas: É possível, em curto prazo, o Estado dobrar o número de vagas no sistema prisional para suprir o *déficit* existente? É possível, em curto prazo, o Estado criar condições adequadas (Direito à saúde; à assistência jurídica; à educação etc.,) ao preso que se encontra no sistema? É possível, em curto prazo, tornar o Direito Penal igual para todos de forma efetiva?

A resposta a todas essas indagações parecem ser negativas. Isto é o Estado não possuem condições, ao menos, em curto prazo, de resolver de forma efetiva todos esses problemas. Então surge a Justiça Restaurativa, como um meio auxiliar de resolução de conflitos. O processo restaurativo pode coexistir com o processo tradicional. No Decorrer da História sempre os processos de resolução de conflitos coexistiram juntos, com o predomínio de um deles. É relevante destacar que a Lei dos Juizados Especiais Cíveis e o Estatuto da Criança e do Adolescente, no Brasil, possuem práticas Restaurativas, embora com modelo diferente do teórico.

A Justiça Restaurativa é modelo de resolução de conflitos, no intuito de combater a ineficácia do sistema vigente, focando na compreensão do conflito instaurado e nos objetivos pretendidos com a

resolução dele, considerando o impacto produzido nos “ofensores”, “vítimas”, e na comunidade afetada. A Justiça Restaurativa é uma resposta à ineficácia do modelo *retributivo* de Justiça, portanto:

A Justiça Restaurativa propõe-se como um modelo alternativo de Justiça, sobretudo ao *retributivo*, como forma de se alcançar um acertamento entre ofensor e vítima, superando a violência que marca o conflito e aberto à consideração das responsabilidades e necessidades de cada parte envolvida (MELO, 2008, p. 39).

Um dos objetivos da Justiça Restaurativa é inserção do diálogo e da democracia participativa na esfera penal, com a aproximação de vítima e ofensor:

[...] uma vez que a vítima, o infrator e a comunidade se apropriam de significativa parte do processo decisório, na busca compartilhada de cura e transformação, mediante uma recontextualização construtiva do conflito, numa vivência restauradora. O processo atravessa a superficialidade e mergulha fundo no conflito, enfatizando as subjetividades envolvidas, superando o modelo *retributivo*, em que o Estado, figura, com seu monopólio penal exclusivo, como a encarnação de uma divindade vingativa sempre pronta a retribuir o mal com outro mal (Beristain, 2000) (GOMES PINTO, 2005, p. 21).

É relevante destacar a terminologia utilizada na Justiça Restaurativa. A Resolução n. 2002/12 da Organização das Nações Unidas (ONU), que estabelece os princípios básicos para utilização de programas de Justiça Restaurativa em matéria criminal, conceitua os termos utilizados na Justiça Restaurativa:

I. Uso dos Termos

1. “Programa de Justiça Restaurativa” significa qualquer programa que use processos restaurativos e busque obter resultados restaurativos.

2. “Processo restaurativo” significa qualquer processo onde a vítima e o infrator e, se apropriado, quaisquer outros indivíduos ou membros da comunidade afetados por um crime, participem conjunta e ativamente na resolução dos problemas decorrentes do crime, em geral com a ajuda de um facilitador. O processo restaurativo pode incluir a mediação, conciliação, e transação penal.

3. “Resultado restaurativo” significa um acordo obtido como resultado de um processo restaurativo. Resultados restaurativos incluem respostas e programas como reparação, restituição e serviço comunitário, visando atender necessidades individuais e coletivas e responsabilidades das partes e alcançar a reintegração da vítima e do infrator.

4. “Partes” significa a vítima, o infrator e quaisquer outros indivíduos ou membros da comunidade afetados pelo crime que possam estar envolvidos em um processo restaurativo.

5. “Facilitador” significa uma pessoa cujo papel é facilitar, de modo imparcial e justo, a participação das partes no processo restaurativo.

(BRASIL, 2009, p. 128).

Observe que o “resultado restaurativo” significa um acordo obtido como resultado de um processo restaurativo, através da mediação, conciliação, e transação penal. Esse resultado evita o encarceramento do punido e o agravamento da situação do sistema

penitenciário. O não encarceramento do punido encontra amparo também noutra norma da ONU.

De fato a Resolução da ONU n. 45/2010 – Assembleia Geral estabelece as regras mínimas padrão das nações unidas para a elaboração de medidas não privativas de Liberdade (Regras de Tóquio) que estabelece:

1. Objetivos fundamentais

1.1 Estas Regras Mínimas Padrão enunciam uma série de princípios básicos que visam promover o uso de medidas não privativas de liberdade, assim como garantias mínimas para os indivíduos submetidos a medidas substitutivas ao aprisionamento.

1.2 Estas Regras visam promover o envolvimento e a participação da coletividade no processo da Justiça criminal, especificamente no tratamento dos infratores, assim como desenvolver nestes o sentido de responsabilidade para com a sociedade.

[...]

2. Abrangência das medidas não privativas de liberdade

[...]

2.4 O desenvolvimento de novas medidas não privativas de liberdade deve ser encorajado e monitorado criteriosamente e sua aplicação deve ser sistematicamente avaliada.

2.5 Deve-se considerar o tratamento dos infratores na comunidade, evitando-se o máximo

possível recorrer aos procedimentos ou julgamentos formais em um tribunal, de acordo com as garantias legais e as regras de direito.

2.6 As medidas não privativas de liberdade devem ser aplicadas de acordo com o princípio da intervenção mínima.

2.7 O recurso a medidas não privativas de liberdade deve ser incluído no rol dos esforços visando à isenção de pena e à descriminalização, e não prejudicar ou retardar tais esforços.

(BRASIL, 2009, p. 115).

Nesse ponto é importante apontar as diferenças entre os valores defendidos pela Justiça *retributiva* e pela Justiça Restaurativa: a Justiça chamada *retributiva* utiliza o conceito jurídico-normativo de Crime: ato contra a sociedade, representada pelo Estado; Já a Justiça Restaurativa utiliza o conceito realístico de Crime: ato que traumatiza a vítima, causando-lhe danos (GOMES PINTO, 2005, p. 24). Na Justiça *retributiva* há o primado do interesse público, com a sociedade, representada pelo Estado, o Centro, como o monopólio estatal da Justiça Criminal; na Justiça Restaurativa há o primado do interesse das pessoas envolvidas e comunidade, com a Justiça criminal participativa (GOMES PINTO, 2005, p. 24). Na Justiça *retributiva* há a culpabilidade individual voltada para o passado – Estigmatização; Já na Justiça Restaurativa há a Responsabilidade, pela restauração, numa dimensão social, compartilhada coletivamente e voltada para o futuro (GOMES PINTO, 2005, p. 24). Na Justiça *retributiva* há o uso Dogmático do Direito penal positivo enquanto na Justiça Restaurativa o uso crítico e alternativo do Direito (GOMES PINTO, 2005, p. 24). Ainda na Justiça *retributiva* ocorre à indiferença do Estado quanto às necessidades do infrator, vítima e comunidade afetados, sendo um modelo mono-cultural e excludente, em que predomina a dissuasão; Já a Justiça Restaurativa funda-se no comprometimento com a inclusão e na Justiça social gerando conexões, culturalmente flexível (respeito à diferença, tolerância) em que predomina a persuasão (GOMES PINTO, 2005, p. 24).

Os valores da Justiça Restaurativa são bem mais amplos e democráticos do que os valores defendidos pelo modelo tradicional. A vítima volta ter sua devida atenção, tendo sua devida importância na resolução do conflito, assim como ocorria em tempos remotos:

A Justiça Restaurativa se destaca no cenário internacional contemporâneo como uma forma de resolução de conflitos diversa do modelo penal tradicional. Inspirado, principalmente, no abolicionismo e no movimento vitimológico iniciado nos anos 80, a Justiça Restaurativa surge como uma resposta à pequena atenção dada às vítimas no processo penal em razão aos fracassos da pena privativa de liberdade para promover a ressocialização do apenado (PALLAMOLLA, 2008, p. 4).

De fato as diferenças entre Justiça *retributiva* e Restaurativa funda-se principalmente no tratamento dado à vítima e às pessoas atingidas pelo crime, além da comunidade local, dentro do processo de solução do conflito:

Justiça *retributiva*. O crime é uma violação contra o Estado, definida pela desobediência à lei e pela culpa. A Justiça determina a culpa e inflige dor no contexto de uma disputa entre o ofensor e Estado, regida por regras sistemáticas. Justiça Restaurativa. O crime é uma violação de pessoas e relacionamentos. Ele cria a obrigação de corrigir os erros. A Justiça envolve a vítima, o ofensor e a comunidade na busca de soluções que promovam reparação, reconciliação e segurança (ZEHR, 2008, p.170-171).

Observa-se, portanto, que a Justiça Restaurativa rompe com o modelo *retributivo*, onde a violação ao Estado é mais importante que a violação causada à vítima e a comunidade interessada.

Um dos princípios principais que regem o processo restaurativo é a voluntariedade, tanto em relação ao autor quanto em relação à vítima, porque são eles os principais interessados na resolução do conflito. A voluntariedade das partes é condição primordial, pois, sem ela não haverá alternativa a não ser recorrer ao procedimento tradicional. Claro, o sistema restaurativo não rompe com sistema penal tradicional, podendo, os envolvidos optarem por essa via, a qualquer tempo. No entanto os envolvidos devem ser encorajados a participar do sistema restaurativo, devendo-lhes serem apresentados as vantagens desse sistema. Além dos envolvidos o processo conta com os “facilitadores” e os demais interessados:

De início cabe ressaltar que a prática é marcada pela voluntariedade, no tocante a participação da vítima e ofensor. Estes devem ser encorajados a participar de forma plena no processo restaurativo, mas deve haver consenso destes em relação aos fatos essenciais relativos à infração e assunção da responsabilidade por parte do infrator [...]. A prática Restaurativa em si, que deve reunir essencialmente vítima e ofensor e os técnicos responsáveis pela condução dos trabalhos (normalmente denominados facilitadores), e pode incluir familiares ou pessoas próximas a estes, além de representantes da comunidade, e os advogados dos interessados se o caso (DE VITTO, 2005, p. 44-45).

Enfim a Justiça Restaurativa:

A Justiça Restaurativa representa um novo paradigma aplicado ao processo

penal, que busca intervir de forma efetiva no conflito que é exteriorizado pelo crime, e restaurar as relações que foram abaladas a partir desse evento. Assim, e desde que seja adequadamente monitorada essa intervenção, o modelo traduz

possibilidade real de inclusão da vítima no processo penal sem abalo do sistema de proteção aos direitos humanos construído historicamente

(DE VITTO, 2005, p. 48).

Quanto ao processo restaurativo e sua forma de organização é importante destacar que deve ter pessoas preparadas para funcionar como “facilitadores”. O processo envolve reuniões preparatórias, devendo ser analisado, inclusive, as condições da vítima e do infrator em participar do “círculo”.

Teoricamente, são as seguintes formas de processo restaurativo, que ocorrem sem a intervenção judicial:

I. Mediação entre a vítima e o infrator

Oferece uma oportunidade à vítima de reunir-se com o infrator num ambiente seguro e estruturado. Acompanhados por um mediador, ambos têm a possibilidade de construir um plano de ação para abordar o conflito e resolvê-lo. Há mais de 300 programas nos Estados Unidos e mais de 500 na Europa. As análises destes programas vêm demonstrando um aprimoramento na relação vítima-infrator, a redução do medo na vítima e maior probabilidade do cumprimento do acordo por parte do infrator.

II. Encontro ou Reunião de Família ou Grupo Comunitário

Reúne a vítima, o infrator, a família, amigos e pessoas importantes para ambos para decidir como administrar e superar as conseqüências do delito. Os objetivos do encontro são: envolver a vítima na construção da resposta ao delito; conscientizar o infrator a respeito da maldade de seus atos e

vincular a vítima e o infrator à comunidade. A reunião foi adaptada das práticas tradicionais dos Maori da Nova Zelândia, onde é praticada fora do Departamento de Serviço Social. Foi bastante modificada na Austrália para sua utilização pela polícia. Este processo é utilizado atualmente nos Estados Unidos, na Europa e na África do Sul. Vem sendo empregado com infratores juvenis e adultos. As pesquisas demonstram alto grau de satisfação, tanto em vítimas como em infratores.

III. Tratado de Paz ou Grupos de Sentença

É um processo estruturado para gerar um consenso compartilhado entre membros da comunidade, vítimas, advogados das vítimas, infratores, juízes, fiscais, conselhos de defesa, polícia e funcionários da Justiça. Será estabelecido um plano de sentença apropriado, que administre adequadamente as inquietudes e as demandas de todas as partes implicadas. Os objetivos são: promover a recuperação de todas as partes afetadas, gerar uma responsabilidade compartilhada para encontrar soluções duradouras, e construir um “ambiente comunitário”. Estes processos foram adaptados de certas práticas tradicionais nos Estados Unidos, onde são utilizados, e atualmente inicia-se sua prática também na Argentina pelos expoentes em delitos de abuso sexual, com impacto comunitário. Cada um dos processos da Justiça Restaurativa finaliza com um acordo centrado em como o ofensor reparará o dano causado pelo delito (PAZ e PAZ, 2005, p. 127-128)

Quanto á aplicabilidade da Justiça Restaurativa no Direito brasileiro deve-se primeiramente constar que não há previsão específica na nossa legislação, aliás, muito ao contrário nosso sistema

constitucional e legal privilegia a estrutura estatal e o modelo tradicional de Justiça (princípio da legalidade, da inafastabilidade da prestação jurisdicional, do devido processo legal etc.). O sistema brasileiro inibe a participação de terceiros no processo penal.

Existem apenas algumas normas que adotam práticas, que podem ser consideradas restaurativas, como a mediação e a transação. Duas leis, como exemplo, podem ser indicadas: O Estatuto da Criança e do Adolescente e a Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais.

O Estatuto da Criança e do Adolescente Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 prevê o instituto da Remissão, que é mecanismo de exclusão, suspensão ou extinção do processo:

Art. 126. Antes de iniciado o procedimento judicial para apuração de ato infracional, o representante do Ministério Público poderá conceder a remissão, como forma de exclusão do processo, atendendo às circunstâncias e conseqüências do fato, ao contexto social, bem como à personalidade do adolescente e sua maior ou menor participação no ato infracional.

Parágrafo único. Iniciado o procedimento, a concessão da remissão pela autoridade judiciária importará na suspensão ou extinção do processo.

Art. 127. A remissão não implica necessariamente o reconhecimento ou comprovação da responsabilidade, nem prevalece para efeito de antecedentes, podendo incluir eventualmente a aplicação de qualquer das medidas previstas em lei, exceto a colocação em regime de semi-liberdade e a internação.

Art. 128. A medida aplicada por força da remissão poderá ser revista judicialmente, a qualquer tempo, mediante pedido expresso do

adolescente ou de seu representante legal, ou do Ministério Público.

Observe que a remissão pode incluir eventualmente a aplicação de medidas previstas em lei, exceto o regime de semi-internato e internação:

Esse instituto pode ser utilizado como meio para adoção de práticas Restaurativas, desde que as autoridades dela encarregadas (membro do Ministério Público, antes do processo, e o Juiz de Direito, durante o procedimento) promovam a participação do adolescente, de seus familiares e, inclusive, da vítima, na busca de uma efetiva reparação dos danos e de uma responsabilização consciente do menor infrator (JESUS, 2008, p. 21).

A Lei dos Juizados Cíveis e Criminais, Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995, com as alterações promovidas pela Lei n. 10.259, de 12 de julho de 2001, trata dos Juizados Especiais Criminais, responsáveis pelas infrações penais consideradas como de menor potencial ofensivo (contravenções penais e crimes cuja pena máxima não exceda dois anos, ou multa). A Lei esclarece que “O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação” (art. 2º). Os objetivos da Lei são os mesmos buscados pela Justiça Restaurativa.

Referida lei prevê uma audiência preliminar que presente o representante do Ministério Público, o autor do fato e a vítima e, se possível, o responsável civil, acompanhados por seus advogados, o Juiz esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade (art. 72). Essa audiência preliminar pode ser conduzida pelo Juiz de Direito ou por um conciliador sob a orientação do Juiz (art. 73).

A figura do conciliador é bastante semelhante dos “facilitadores” do processo restaurativo. No entanto a lei dos Juizados Especiais Cíveis

Criminais está longe de atingir os objetivos da própria Lei e da Justiça Restaurativa, devido a mecanização do procedimento:

Com a transação penal, o representante do Ministério Público poderá, se presentes a prova da materialidade e os indícios de autoria, formular proposta de aplicação imediata de pena alternativa (restritiva de direito ou multa), a qual depende de aceitação do autor do fato e de seu Advogado e, também, de homologação judicial. Do modo como o instituto vem sendo aplicado no dia-a-dia da Justiça Criminal brasileira, ainda se está longe de atingir o objetivo do legislador. Muitas audiências são realizadas sem a presença efetiva de um Juiz de Direito, e as propostas de transação penal costumam ser padronizadas, na maioria das vezes, consistem no pagamento de cestas básicas a instituições carentes ou assistenciais. Com vontade política e treinamento de pessoal especializado, a par de uma conscientização dos agentes estatais envolvidos no processo, talvez seja possível a utilização dos Juizados Criminais Especiais como porta de entrada para a Justiça Restaurativa no Brasil (JESUS, 2008, p. 22).

O Código Penal também apresentam algumas medidas restaurativas, no sentido de evitar o encarceramento do infrator. A Resolução nº 45/110 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 14 de dezembro de 1990, estabelece algumas regras mínimas das nações unidas para a elaboração de medidas não privativas de liberdade (Regras de Tóquio) para proporcionar outras opções e assim reduzir a utilização do encarceramento e racionalizar as políticas de Justiça criminal (BRASIL, 2009, p. 114). Nessa Linha:

[...] a Lei n. 9.714, de 25 de novembro de 1998, que alterou o Código Penal Comum e criou diversas medidas restritivas de direito como a prestação

pecuniária; a perda de bens e valores; a presta o de serviço   comunidade ou a entidades públicas; a interdi o temporária de direitos; a limita o de fim de semana.

A própria Lei 9.714 estabeleceu que as penas restritivas de direitos são aut nomas e substituem as privativas de liberdade quando “I- aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça   pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo; II – o réu não for reincidente em crime doloso; III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substitui o seja suficiente” (CP, art. 44) (SILVA, 2015)

Segundo Jesus (2008, p. 24-26) constituem práticas parcialmente Restaurativas previstas no Código Penal: presta o pecuniária (art. 45,   1 , do CP); presta o inominada (art. 45,   2 , do CP); perda de bens e valores (art. 45,   3 , do CP); presta o de serviços   comunidade ou a entidades públicas (art. 46,   2 , do CP); interdi o temporárias de direitos (art. 47 do CP); limita o de fim de semana (art. 48 do CP).

6. CONSIDERA OES FINAIS

A Justiça Restaurativa no Brasil se encontra no estágio inicial de desenvolvimento, mas diversos entes federativos já tiveram experiências restaurativas (Rio Grande do Sul, São Paulo e Brasília, como exemplos).

Os principais desafios para implantar esse novo modelo de resolu o de conflitos são os seguintes: primeiro, a necessidade do convencimento das pessoas que ocupam cargos, dentro da estrutura burocrática estatal destinada   repressão do crime (juízes, promotores, delegados, policiais, etc.), quanto   necessidade de buscar novos caminhos e modelos destinados   resolu o do problema; segundo, a

necessidade de capacitação de pessoas que possam atuar com mediadores e “facilitadores” do processo restaurativo; terceiro, o convencimento das partes envolvidas e da comunidade, quanto aos benefícios desse novo modelo de Justiça; quarto, o Poder Legislativo e o Poder constituinte derivado realizarem mudanças necessárias na Constituição e nas leis ordinárias, a fim de positivizar, dentro do nosso ordenamento jurídico esse novo modelo de Justiça, no intuito de ampliar o universo de aplicação das suas práticas restaurativas e quinto deve ocorrer à reestruturação de todo o aparato destinado à repressão do crime, a fim de adequá-los ao novo modelo proposto.

O sistema caótico do sistema prisional brasileiro indica a necessidade urgente de buscar novos caminhos na solução dos problemas, que envolvem o encarceramento do infrator.

Em curto prazo não há possibilidade fática de dobrar o número de vagas do sistema prisional, bem como não há possibilidade de adequar nossos presídios de forma que os presos possuam todos os direitos previstos em lei. Portanto a Justiça Restaurativa pode contribuir para a solução do problema, porque possui como primazia o não encarceramento do infrator.

Atualmente prevalece o entendimento que as decisões exaradas através do processo restaurativo fora do âmbito judicial, devem ser homologadas pelo Poder Judiciário, devido ao monopólio estatal em dizer o direito, em matéria de resolução de conflitos penais.

No entanto, o modelo teórico de Justiça Restaurativa prevê também a solução de conflitos, sem a participação estatal. Portanto a Justiça Restaurativa pode possibilitar tanto o acesso ao Judiciário (acordo restaurativo, através da transação penal, por exemplo) como também o acesso a uma nova ordem jurídica inovadora, fora do aparato estatal.

REFERÊNCIAS

BARATTA, ALESSANDRO. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002

BATISTA, Nilo. **Introdu o crítica ao direito penal brasileiro**, 11 ed. Rio de Janeiro:

Revan, 2002.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas** [1764], 2001, disponível em: <http://www.dominipublico.gov.br/download/texto/cv000018.pdf>, acesso em 7 de maio de 2015.

BRASIL. **Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984**, institui a Lei de Execu o Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm, acesso em 11-5-2015.

_____. **Constitui o da República Federativa do Brasil de 1988** (promulgada em 5-10-1988, publicada no Diário Oficial da União de 5-10-1988) Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm#adct, acesso em 10-5-2015.

_____. **Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990**, dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm, acesso em 10-5-2015.

_____. **Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995**, dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm, acesso em 10-5-2015.

_____. **Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996**, dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm, acesso em 10-5-2015.

_____. Ministério da Justiça. Secretaria Nacional de Justiça. **Normas e princípios das Na es Unidas sobre preven o ao crime e Justiça**

criminal / Organização: Secretaria Nacional de Justiça. – Brasília: Secretaria Nacional de Justiça, 2009. 344 p.

Disponível em http://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/projects/UN_Standards_and_Norms_CPCJ_-_Portuguese1.pdf, acesso 9-5-2015.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Novo diagnóstico de pessoas presas no Brasil**, Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas – DMF, Brasília, 2014. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/pessoas_presas_no_brasil_final.pdf, acesso em 11-5-2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**, 24 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CAPEZ, Fernando e PRADO, Stela. **Código penal comentado** – 3. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012, p.55).

CAPEZ, Fernando, **Curso de processo penal** – 19, ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

CASTRO. Lola Anyar de. **Criminologia da reação social**. Tradução de Ester Kosovski. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p.75.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Direito administrativo do Brasil**, v. IV: Poder de Polícia, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1961.

DE VITTO, Renato Campos Pinto. **Justiça Criminal, Justiça Restaurativa e Direitos Humanos** in SLAKMON, C., R. De Vitto, e R. Gomes Pinto, org.,. Justiça Restaurativa. Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, Brasília: 2005. Disponível em: http://www.susepe.rs.gov.br/upload/1323798246_Coletania%20JR.pdf, acesso em 10-5-2015.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**, v. 1, 14 ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2012.

FERRI, Enrico. **Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime**; prefácio do professor Beleza dos Santos; tradução de Paolo Capitanio. - 2.ed. - Campinas: Bookseller, 1998.

Fórum Brasileiro de Segurança Pública: **Anuário Brasileiro de Segurança Pública**, ISSN 1983-7364. São Paulo, ano 8, 2014, disponível em: http://www.forumseguranca.org.br/storage/download//anuario_2014_2_0150309.pdf, acesso em 11-5-2015.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo curso de direito processual civil**, volume 1: teoria geral e processo de conhecimento (1ª parte) 9. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012

GOMES, Luiz Flávio. **Vitimologia e Justiça penal reparatória**. In: LEAL, César Barros; KONZEN, Afonso Armando. **Justiça Restaurativa e ato infracional: desvelando sentidos no itinerário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007

GOMES PINTO, Renato Sócrates. **Justiça Restaurativa é Possível no Brasil?** In SLAKMON, C., R. De Vitto, e R. Gomes Pinto, org.. **Justiça Restaurativa**. Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, Brasília: 2005. Disponível em: http://www.susepe.rs.gov.br/upload/1323798246_Coletania%20JR.pdf, acesso em 10-5-2015.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**, Parte Geral. Rio de Janeiro: Impetrus, 2011.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. 2ª edição, Editora Martin Claret, 2012.

Instituto de Pesquisa e Cultura Luiz Flávio Gomes. **Sistema penitenciário brasileiro: evolução da população carcerária (1990 - Outubro/2010)**, 2011. Disponível em: http://www.mpba.mp.br/atuacao/ceosp/pesquisa/PESQUISA_LFG_SISTEMA_PENITENCIARIO.pdf, acesso em 10-5-2015.

JESUS, Damázio de. In **Justiça Restaurativa no Brasil** in Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, Vol. 1, n. 21 (2008) – Brasília: 2008, 356 p.

LOMBROSO, Cesare, 1885-1909. **O homem delinqüente**; tradução Sebastião José Roque. - São Paulo: Ícone, 2007.

MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**; (atualizador: prof. Miguel Alfredo Malufe Neto). São Paulo, Saraiva, 2014.

MELO, Eduardo Rezende et. al. **Justiça Restaurativa e Comunitária em São Caetano do Sul**: Aprendendo com os conflitos a respeitar direitos e promover cidadania. São Paulo, CECIP, 2008. Disponível em: http://www.tjsp.jus.br/Download/CoordenadorInfanciaJuventude/JusticaRestaurativa/SaoCaetanoSul/Publicacoes/jr_sao-caetano_090209_bx.pdf, acesso em 11-5-2014.

MICHAUD, Yves. **A Violência**. São Paulo, Ática, 1989, 119 p.

NUCCI, Guilherme de Souza, **Manual de direito penal, parte geral parte especial**, 7.ª edição, revista, atualizada e ampliada, Editora Revista dos Tribunais, 2011.

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciúncula. **A Justiça Restaurativa da teoria à prática: relações com o sistema da Justiça criminal e implementação no Brasil**. Dissertação de Mestrado. PUC do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2008. Disponível em: <http://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/1835/1/000409552-Texto%2bParcial-0.pdf>, acesso em 10-5-2015

PAZ, Silvana Sandra e PAZ, Silvina Marcela Paz. **Justiça Restaurativa - Processos Possíveis** In SLAKMON, C., R. De Vitto, e R. Gomes Pinto, org.. Justiça Restaurativa. Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, Brasília: 2005. Disponível em: http://www.susepe.rs.gov.br/upload/1323798246_Coletania%20JR.pdf, acesso em 10-5-2015.

REGO, Vicente Pereira do. **Elementos de Direito Administrativo Brasileiro**, segunda edição, Recife: Typographia Commercial de Geraldo Henrique de Mira & C, 1860.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**, 25ª edição, São Paulo: Saraiva. 2001.

ROUSSEAU, Jean J. **Discurso Sobre a Origem e a Desigualdade entre os Homens**. (1775). Brasília: Universidade de Brasília, 1985.

SILVA, Douglas Pereira da. **A extinção das medidas privativas de liberdade nos regulamentos disciplinares das polícias militares: início da desmilitarização?** Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 21 mar. 2015. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.52758>. Acesso em: 10 de maio 2015.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**, vol. I: 34 ed. São Paulo: Saraiva, 2012

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal Brasileiro**: parte geral. 5 ed. São Paulo: RT, 2006.

ZEHR, Howard. **Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a Justiça**. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athenas, 2008.

Conforme a NBR 6023:2000 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico publicado em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma: SILVA, Douglas Pereira da. *O fracasso do sistema penal retributivo e considerações teóricas sobre a justiça restaurativa: necessidades de avanços no sistema brasileiro*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 22 maio 2015. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.53484>>. Acesso em: 23 maio 2015.

CONTRATO DE OBRA PÚBLICA: A NECESSIDADE DA MANUTENÇÃO DO DESCONTO GLOBAL

BRENO DA SILVA RAMOS: Advogado da União. Coordenador-Geral de Assuntos Estratégicos, substituto, da Consultoria Jurídica do Ministério da Integração Nacional. Especialista em Direito Público e Direito Administrativo.

Resumo: O presente estudo trata das contratações de obras públicas em que a Administração, ao celebrar termos aditivos, deve proceder de forma vigilante à manutenção do desconto global obtido com a contratação. Busca-se demonstrar que a referida regra deve ser aplicada em todos os aditivos contratuais celebrados na vigência da norma, ainda que a celebração do contrato tenha se dado quando inexistente previsão legal nesse sentido.

Ao celebrar contratos administrativos para a execução de obras públicas, a Administração busca obter, em regra, a melhor proposta apresentada pelos licitantes, dentre as quais se verifica a que oferece o melhor desconto global.

O desconto global representa a vantagem obtida pela Administração na comparação entre o Valor de Referência apresentado no edital da licitação e o Valor da Proposta apresentada pela empresa licitante. Exemplificando: se em determinada licitação o Valor de Referência apresentado pela administração é de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), e o valor da proposta da licitante vencedora é de R\$ 90.000,00

(noventa mil reais), ter-se-á, nesse caso, um desconto global de 10% (dez por cento).

Nesse caso, de acordo com a legislação vigente, esse percentual do desconto global obtido deve ser mantido durante toda a vigência contratual, em regra. Isso é, na celebração dos termos aditivos, em que houver a inclusão de novos serviços ou a alteração do quantitativo dos serviços já existentes, deve a administração atentar para a manutenção do desconto global.

A referida regra, que veda a redução do desconto global obtido como resultado da competitividade dos certames licitatórios foi prevista originariamente na Lei nº 11.768/2008 – Lei de Diretrizes Orçamentária do ano de 2009 – e encontrou espaço nas sucessivas Leis de Diretrizes Orçamentárias até o ano de 2013. Tratava-se de leis de eficácia temporária, de modo que anualmente a regra tinha que ser renovada.

Atualmente, todavia, o Decreto nº 7.983, de 8 de abril de 2013, que trata dos critérios para elaboração do orçamento de referência de obras e serviços de engenharia, contratados e executados com recursos dos orçamentos da União, bem como o Decreto nº 7.581, de 11 de outubro de 2011, que regulamenta o RDC, disciplinam de forma expressa a necessidade de manutenção do desconto global. Nesse sentido, respectivamente:

Art. 14. A diferença percentual entre o valor global do contrato e o preço global de referência não poderá ser reduzida em favor do contratado em decorrência de aditamentos que modifiquem a planilha orçamentária.

Parágrafo único. Em caso de adoção dos regimes de empreitada por preço unitário e tarefa, a diferença a que se refere o caput poderá ser reduzida para a preservação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato em casos excepcionais e justificados, desde que os custos unitários dos aditivos contratuais não excedam os custos unitários do sistema de referência utilizado na forma deste Decreto, assegurada a manutenção da vantagem da proposta vencedora ante a da segunda colocada na licitação.

Art. 42. Nas licitações de obras e serviços de engenharia, a economicidade da proposta será aferida com base nos custos globais e unitários.

(...)

§ 7º A diferença percentual entre o valor global do contrato e o valor obtido a partir dos custos unitários do orçamento estimado pela administração pública não poderá ser reduzida, em favor do contratado, em decorrência de aditamentos contratuais que modifiquem a composição orçamentária.

Da leitura da referida regra se infere que o escopo da norma não é regular a celebração inicial do contrato, mas sim os termos aditivos às contratações de obras públicas, para que destes não resulte a redução do desconto global alcançado na licitação. Trata-se de norma que visa

impedir os efeitos do jogo de planilhas, que faz com que as contratações inicialmente orçadas em um determinado valor sejam superfaturadas através da inclusão de novos itens.

Com o fim de esclarecer a regra de manutenção do desconto, Valmir Campelo exemplifica:

O TCU tem prestigiado dois procedimentos para avaliação dos prejuízos decorrentes do jogo de planilhas: o método do balanço e o método do desconto.

(...)

Já o método do desconto nasceu no Acórdão nº 177/2004-Plenário, de competente relatoria do Ministro Walton Alencar Rodrigues. Nesse procedimento, o desconto percentual é que deve ser mantido. No exemplo da tabela A, o desconto inicial era de 11,82%. Depois das alterações contratuais, houve um sobrepreço de 29,98%. Se o preço de referência após aditivos foi de R\$ 200.800,00, então, ao valor final contratado deveria ser aplicado um redutor de R\$ 11,82% deste valor. O limite para o preço contratado, pois, seria: $R\$ 200.800,00 - 11,82\% = R\$ 177.065,44$. Como depois das modificações o valor da avença foi de R\$ 261.000,00, o débito será: $R\$ 261.000,00 - R\$ 177.065,44 = R\$ 83.934,56$.

(...)

As Leis de Diretrizes Orçamentárias anuais, contudo, têm privilegiado explicitamente o método do desconto. Em consequência, a tendência jurisprudencial mais recente do TCU tem sido seguir o método do desconto. (CAMPELO, Valmir. Obras públicas: comentários à jurisprudência do TCU. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 362/363.)

No âmbito do Tribunal de Contas da União a imperatividade desta regra da manutenção do desconto é jurisprudência assentada, conforme se verifica dos seguintes acórdãos:

Acórdão 2654/2012-TCU-Plenário

Ministro Relator: Valmir Campelo

Trecho do Acórdão:

9.4.1. a diferença percentual entre o valor global do contrato e o obtido a partir dos custos unitários do sistema de referência utilizado não poderá ser reduzida, em favor do contratado, em decorrência de aditamentos que modifiquem a planilha orçamentária, nos termos do art. 125, § 5º, inciso I, da Lei nº 12.465/2011;

9.4.2. eventuais termos aditivos e reprogramações do empreendimento não podem extrapolar os limites previstos no art. 65, §§ 1º e 2º, da Lei 8.666/1993;

Acórdão 2630/2011-TCU-Plenário

Ministro Relator: Augusto Sherman Cavalcanti

Trecho do Acórdão:

9.2. determinar ao Departamento Nacional de Obras Contra as Secas – Dnocs que:

9.2.1. em caso de virem a ser realizadas alterações no Contrato 25/2011, mantenha o equilíbrio econômico financeiro do contrato, de forma a não reduzir o desconto inicial em favor da Administração, qual seja, o desconto global de 11,5% do valor do contrato em relação aos preços referenciais do Sicro e Sinapi, em cumprimento ao art. 127, § 5º, inciso I, da Lei 12.309/2010 (LDO 2011);

Acórdão nº 1767/2008-TCU-Plenário

Ministro Relator: Ubiratan Aguiar

Trecho da Ementa:

1. A manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, após a assinatura de termos aditivos, pressupõe a preservação dos mesmos padrões de desconto global consignados na proposta da licitante vencedora, relativamente ao orçamento-base da licitação.

Trecho do Voto:

Realizar qualquer alteração nos quantitativos de itens de um contrato tomando por base referenciais distintos daqueles previstos no edital do certame licitatório que o originou significa dizer que, na

prática, há uma nova contratação sem licitação e em condições diferentes daquelas inicialmente pactuadas. Não existe, portanto, a garantia de que essas novas condições ainda se constituam na proposta mais vantajosa para a Administração.

Acórdão nº 1599/2010-TCU-Plenário

Ministro Relator: Marcos Bemquerer

Trecho do Acórdão:

9.2.1.2. calcular os descontos globais antes e depois do aditivo, para, em caso de diminuição desse percentual, ser inserida no contrato parcela compensatória negativa como forma de se dar cumprimento ao art. 65, §6º, da Lei nº 8.666/1993 (por interpretação extensiva) e aos arts. 112, §§6º, da Lei nº 12.017/2009 – LDO 2010 e 109, §6º da Lei nº 11.768/2008 – LDO 2009.

Verifica-se, assim, que a regra é que dos termos aditivos firmados ao contrato administrativo não haja alteração do percentual de desconto global obtido na contratação. Todavia, acaso venha a ocorrer a redução desse desconto, a jurisprudência do TCU impõe que seja inserida uma parcela compensatória em favor da Administração, para que haja o restabelecimento do percentual original.

De se destacar, ademais, que, nos termos como exposto no último acórdão transcrito, a regra da inclusão de parcela compensatória, com o fim de reestabelecer o desconto global obtido com a contratação, busca assegurar o cumprimento da norma exposta no art. 65, §6º, da Lei

8.666/93, de acordo com a qual o equilíbrio econômico-financeiro do contrato deve ser mantido nas alterações contratuais.

A diminuição do desconto global da proposta da licitante vencedora, por meio de termos aditivos, é causa de quebra do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, pois as condições ofertadas para a Administração na proposta da contratada – leia-se: desconto global – serão alteradas. O art. 37, XXI, da CF/88, assegura às partes contratantes a manutenção das condições econômico-financeiras da proposta de preços durante toda a vigência contratual. Isso é: ao contratar com a empresa vencedora a Administração tinha em seu favor o benefício do desconto obtido no certame licitatório, o qual consiste em uma cláusula econômico-financeira do contrato que foi determinante para o resultado da licitação e o posterior contrato.

Se o desconto global ofertado pela Empresa fosse inferior, o valor da proposta de preços seria superior e provavelmente o resultado da licitação seria outro.

Portanto, deve-se ter em mente que a cobrança da parcela compensatória do desconto perdido com a celebração de termos aditivos não é uma faculdade do gestor público, mas sim uma obrigação que está positivada no ordenamento pátrio e que reiteradamente vem sendo reconhecida pelo Tribunal de Contas da União.

A regra, nessa esteira, é que a parcela compensatória já seja inserida no próprio Termo Aditivo, com o fim de evitar a redução do desconto e manter as condições iniciais da contratação.

Cabe destacar, ademais, que não cabe à empresa contratada alegar em seu favor que o contrato administrativo foi celebrado em data anterior

à Lei nº 11.768/2008 – LOA 2009 – que previu pela primeira vez a regra da manutenção do desconto, uma vez que, conforme já apontado, a norma visa regular a celebração de termos aditivos, nos quais o desconto deve ser preservado.

Desse modo, o que se deve analisar é se quando da celebração do termo aditivo já estava em vigor a regra que veda a redução do desconto global, a qual tem aplicação cogente. Em estando a regra vigente, deve a administração manter o percentual de desconto global obtido com a licitação, ainda que para tanto tenha que cobrar da empresa contratada uma parcela compensatória.

Conforme a NBR 6023:2000 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico publicado em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma: RAMOS, Breno da Silva. *Contrato de obra pública: a necessidade da manutenção do desconto global*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 22 maio 2015. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.53483>>. Acesso em: 23 maio 2015.

A PROEMINÊNCIA DA CONVENÇÃO DE PARIS DE 1970: MEDIDAS A SEREM ADOTADAS PARA PROIBIR E IMPEDIR A IMPORTAÇÃO, EXPORTAÇÃO E TRANSFERÊNCIA DE PROPRIEDADE ILÍCITA DOS BENS CULTURAIS

TAUÃ LIMA VERDAN RANGEL: Bacharel em Direito, do Centro Universitário São Camilo. Autor de vários artigos na área do Direito Penal, Direito Constitucional, Direito Civil e Direito Ambiental. Mestrando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da UFF. Bolsista CAPES.

Resumo: O objetivo do presente está assentado na análise da proeminência da Convenção de Paris de 1970, que estabelece medidas a serem adotadas para proibir e impedir a importação, exportação e transferência de propriedade ilícita dos bens culturais. Cuida salientar que o meio ambiente cultural é constituído por bens culturais, cuja acepção compreende aqueles que possuem valor histórico, artístico, paisagístico, arqueológico, espeleológico, fossilífero, turístico, científico, refletindo as características de uma determinada sociedade. Ao lado disso, quadra anotar que a cultura identifica as sociedades humanas, sendo formada pela história e maciçamente influenciada pela natureza, como localização geográfica e clima. Com efeito, o meio ambiente cultural decorre de uma intensa interação entre homem e natureza, porquanto aquele constrói o seu meio, e toda sua atividade e percepção são conformadas pela sua cultural. A cultura brasileira é o resultado daquilo que era próprio das populações tradicionais indígenas e das transformações trazidas pelos diversos grupos colonizadores e escravos africanos. Nesta toada, ao se analisar o meio ambiente cultural, enquanto complexo macrossistema, é perceptível que é

algo incorpóreo, abstrato, fluído, constituído por bens culturais materiais e imateriais portadores de referência à memória, à ação e à identidade dos distintos grupos formadores da sociedade brasileira. O conceito de patrimônio histórico e artístico nacional abrange todos os bens moveis e imóveis, existentes no País, cuja conservação seja de interesse público, por sua vinculação a fatos memoráveis da História pátria ou por seu excepcional valor artístico, arqueológico, etnográfico, bibliográfico e ambiental.

Palavras-chaves: Patrimônio Cultural. Tutela Jurídica. Documentos Internacionais.

Sumário: 1 Ponderações Introdutórias: Breves notas à construção teórica da Ramificação Ambiental do Direito; 2 Comentários à concepção de Meio Ambiente; 3 Meio Ambiente e Patrimônio Cultural: Aspectos Introdutórios; 4 A Proeminência da Convenção de Paris de 1970: Medidas a serem adotadas para proibir e impedir a importação, exportação e transferência de propriedade ilícita dos bens culturais.

1 Ponderações Introdutórias: Breves notas à construção teórica da Ramificação Ambiental do Direito

Inicialmente, ao se dispensar um exame acerca do tema colocado em tela, patente se faz arrazoar que a Ciência Jurídica, enquanto um conjunto multifacetado de arcabouço doutrinário e técnico, assim como as robustas ramificações que a integram, reclama uma interpretação alicerçada nos plurais aspectos modificadores que passaram a influir em sua estruturação. Neste almiré, lançando à tona os aspectos característicos de mutabilidade que passaram a orientar o Direito, tornou-

se imperioso salientar, com ênfase, que não mais subsiste uma visão arrimada em preceitos estagnados e estanques, alheios às necessidades e às diversidades sociais que passaram a contornar os Ordenamentos Jurídicos. Ora, infere-se que não mais prospera o arcabouço imutável que outrora sedimentava a aplicação das leis, sendo, em decorrência dos anseios da população, suplantados em uma nova sistemática.

Com espeque em tais premissas, cuida hastear, com bastante pertinência, como flâmula de interpretação o *“prisma de avaliação o brocardo jurídico 'Ubi societas, ibi jus', ou seja, 'Onde está a sociedade, está o Direito', tornando explícita e cristalina a relação de interdependência que esse binômio mantém”*^[1]. Destarte, com clareza solar, denota-se que há uma interação consolidada na mútua dependência, já que o primeiro tem suas balizas fincadas no constante processo de evolução da sociedade, com o fito de que seus Diplomas Legislativos e institutos não fiquem inquinados de inaptidão e arcaísmo, em total descompasso com a realidade vigente. A segunda, por sua vez, apresenta estrutural dependência das regras consolidadas pelo Ordenamento Pátrio, cujo escopo primevo é assegurar que não haja uma vingança privada, afastando, por extensão, qualquer ranço que rememore priscas eras em que o homem valorizava a Lei de Talião (“Olho por olho, dente por dente”), bem como para evitar que se robusteça um cenário caótico no seio da coletividade.

Ademais, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, imprescindível se fez adotá-la como maciço axioma de sustentação do Ordenamento Brasileiro, precipuamente quando se objetiva a amoldagem do texto legal, genérico e abstrato, aos

complexos anseios e múltiplas necessidades que influenciam a realidade contemporânea. Ao lado disso, há que se citar o voto magistral voto proferido pelo Ministro Eros Grau, ao apreciar a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº. 46/DF, “*o direito é um organismo vivo, peculiar porém porque não envelhece, nem permanece jovem, pois é contemporâneo à realidade. O direito é um dinamismo. Essa, a sua força, o seu fascínio, a sua beleza*”^[2]. Como bem pontuado, o fascínio da Ciência Jurídica jaz, justamente, na constante e imprescindível mutabilidade que apresenta, decorrente do dinamismo que reverbera na sociedade e orienta a aplicação dos Diplomas Legais e os institutos jurídicos neles consagrados.

Ainda neste substrato de exposição, pode-se evidenciar que a concepção pós-positivista que passou a permear o Direito, ofertou, por via de consequência, uma rotunda independência dos estudiosos e profissionais da Ciência Jurídica. Aliás, há que se citar o entendimento de Verdan, “*esta doutrina é o ponto culminante de uma progressiva evolução acerca do valor atribuído aos princípios em face da legislação*”^[3]. Destarte, a partir de uma análise profunda dos mencionados sustentáculos, infere-se que o ponto central da corrente pós-positivista cinge-se à valoração da robusta tábua principiológica que Direito e, por conseguinte, o arcabouço normativo passando a figurar, nesta tela, como normas de cunho vinculante, flâmulas hasteadas a serem adotadas na aplicação e interpretação do conteúdo das leis, diante das situações concretas.

Nas últimas décadas, o aspecto de mutabilidade tornou-se ainda mais evidente, em especial, quando se analisa a construção de novos que

derivam da Ciência Jurídica. Entre estes, cuida destacar a ramificação ambiental, considerando como um ponto de congruência da formação de novos ideários e cânones, motivados, sobretudo, pela premissa de um manancial de novos valores adotados. Nesta trilha de argumentação, de boa técnica se apresenta os ensinamentos de Fernando de Azevedo Alves Brito que, em seu artigo, aduz: *“Com a intensificação, entretanto, do interesse dos estudiosos do Direito pelo assunto, passou-se a desvendar as peculiaridades ambientais, que, por estarem muito mais ligadas às ciências biológicas, até então era marginalizadas”*^[4]. Assim, em decorrência da proeminência que os temas ambientais vêm, de maneira paulatina, alcançando, notadamente a partir das últimas discussões internacionais envolvendo a necessidade de um desenvolvimento econômico pautado em sustentabilidade, não é raro que prospere, mormente em razão de novos fatores, um verdadeiro remodelamento ou mesmo uma releitura dos conceitos que abalizam a ramificação ambiental do Direito, com o fito de permitir que ocorra a conservação e recuperação das áreas degradadas, primacialmente as culturais.

Ademais, há de ressaltar ainda que o direito ambiental passou a figurar, especialmente, depois das décadas de 1950 e 1960, como um elemento integrante da farta e sólida tábua de direitos fundamentais. Calha realçar que mais contemporâneos, os direitos que constituem a terceira dimensão recebem a alcunha de direitos de fraternidade ou, ainda, de solidariedade, contemplando, em sua estrutura, uma patente preocupação com o destino da humanidade^[5]. Ora, daí se verifica a inclusão de meio ambiente como um direito fundamental, logo, está umbilicalmente atrelado com humanismo e, por extensão, a um ideal de

sociedade mais justa e solidária. Nesse sentido, ainda, é plausível citar o artigo 3º., inciso I, da Carta Política de 1988 que abriga em sua redação tais pressupostos como os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direitos: “**Art. 3º** - *Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária*”[\[6\]](#).

Ainda nesta esteira, é possível verificar que a construção dos direitos encampados sob a rubrica de terceira dimensão tende a identificar a existência de valores concernentes a uma determinada categoria de pessoas, consideradas enquanto unidade, não mais prosperando a típica fragmentação individual de seus componentes de maneira isolada, tal como ocorria em momento pretérito. Com o escopo de ilustrar, de maneira pertinente as ponderações vertidas, insta trazer à colação o entendimento do Ministro Celso de Mello, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade N.º. 1.856/RJ, em especial quando destaca:

Cabe assinalar, Senhor Presidente, que os direitos de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos, genericamente, e de modo difuso, a todos os integrantes dos agrupamentos sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem, por isso mesmo, ao lado dos denominados direitos de quarta geração (como o direito ao desenvolvimento e o direito à paz), um momento importante no processo de expansão e reconhecimento dos direitos humanos,

qualificados estes, enquanto valores fundamentais indisponíveis, como prerrogativas impregnadas de uma natureza essencialmente inexaurível[7].

Quadra anotar que os direitos alocados sob a rubrica de *direito de terceira dimensão* encontram como assento primordial a visão da espécie humana na condição de coletividade, superando, via de consequência, a tradicional visão que está pautada no ser humano em sua individualidade. Assim, a preocupação identificada está alicerçada em direitos que são coletivos, cujas influências afetam a todos, de maneira indiscriminada. Ao lado do exposto, cuida mencionar, segundo Bonavides, que tais direitos “*têm primeiro por destinatários o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta*”[8]. Com efeito, os direitos de terceira dimensão, dentre os quais se inclui ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, positivado na Constituição de 1988, emerge com um claro e tangível aspecto de familiaridade, como ápice da evolução e concretização dos direitos fundamentais.

2 Comentários à concepção de Meio Ambiente

Em uma primeira plana, ao lançar mão do sedimentado jurídico-doutrinário apresentado pelo inciso I do artigo 3º da Lei Nº. 6.938, de 31 de agosto de 1981[9], que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências, salienta que o meio ambiente consiste no conjunto e conjunto de condições, leis e influências de ordem química, física e biológica que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas. Pois bem, com o escopo de promover uma facilitação do aspecto conceitual

apresentado, é possível verificar que o meio ambiente se assenta em um complexo diálogo de fatores abióticos, provenientes de ordem química e física, e bióticos, consistentes nas plurais e diversificadas formas de seres vivos. Consoante os ensinamentos apresentados por José Afonso da Silva, considera-se meio-ambiente como “*a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas*”^[10].

Nesta senda, ainda, Fiorillo^[11], ao tecer comentários acerca da aceção conceitual de meio ambiente, coloca em destaque que tal tema se assenta em um ideário jurídico indeterminado, incumbindo, ao intérprete das leis, promover o seu preenchimento. Dada à fluidez do tema, é possível colocar em evidência que o meio ambiente encontra íntima e umbilical relação com os componentes que cercam o ser humano, os quais são de imprescindível relevância para a sua existência. O Ministro Luiz Fux, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade N.º 4.029/AM, salientou, com bastante pertinência, que:

(...) o meio ambiente é um conceito hoje geminado com o de saúde pública, saúde de cada indivíduo, sadia qualidade de vida, diz a Constituição, é por isso que estou falando de saúde, e hoje todos nós sabemos que ele é imbricado, é conceitualmente geminado com o próprio desenvolvimento. Se antes nós dizíamos que o meio ambiente é compatível com o desenvolvimento, hoje nós dizemos, a partir da Constituição, tecnicamente, que não pode haver desenvolvimento senão com o

meio ambiente ecologicamente equilibrado. A geminação do conceito me parece de rigor técnico, porque salta da própria Constituição Federal[12].

É denotável, desta sorte, que a constitucionalização do meio ambiente no Brasil viabilizou um verdadeiro salto qualitativo, no que concerne, especificamente, às normas de proteção ambiental. Tal fato decorre da premissa que os robustos corolários e princípios norteadores foram alçados ao patamar constitucional, assumindo colocação eminente, ao lado das liberdades públicas e dos direitos fundamentais. Superadas tais premissas, aprouve ao Constituinte, ao entalhar a Carta Política Brasileira, ressoando os valores provenientes dos direitos de terceira dimensão, insculpir na redação do artigo 225, conceder amplo e robusto respaldo ao meio ambiente como pilar integrante dos direitos fundamentais. *“Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, as normas de proteção ambiental são alçadas à categoria de normas constitucionais, com elaboração de capítulo especialmente dedicado à proteção do meio ambiente”*[13]. Nesta toada, ainda, é observável que o *caput* do artigo 225 da Constituição Federal de 1988[14] está abalizado em quatro pilares distintos, robustos e singulares que, em conjunto, dão corpo a toda tábua ideológica e teórica que assegura o substrato de edificação da ramificação ambiental.

Primeiramente, em decorrência do tratamento dispensado pelo artífice da Constituição Federal, o meio ambiente foi içado à condição de direito de todos, presentes e futuras gerações. É encarado como algo pertencente a toda coletividade, assim, por esse prisma, não se admite o emprego de qualquer distinção entre brasileiro nato, naturalizado ou

estrangeiro, destacando-se, sim, a necessidade de preservação, conservação e não-poluição. O artigo 225, devido ao cunho de direito difuso que possui, extrapola os limites territoriais do Estado Brasileiro, não ficando centrado, apenas, na extensão nacional, compreendendo toda a humanidade. Neste sentido, o Ministro Celso de Mello, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade N° 1.856/RJ, destacou que:

A preocupação com o meio ambiente - que hoje transcende o plano das presentes gerações, para também atuar em favor das gerações futuras (...) tem constituído, por isso mesmo, objeto de regulações normativas e de proclamações jurídicas, que, ultrapassando a província meramente doméstica do direito nacional de cada Estado soberano, projetam-se no plano das declarações internacionais, que refletem, em sua expressão concreta, o compromisso das Nações com o indeclinável respeito a esse direito fundamental que assiste a toda a Humanidade[15].

O termo “todos”, aludido na redação do *caput* do artigo 225 da Constituição Federal de 1988, faz menção aos já nascidos (presente geração) e ainda aqueles que estão por nascer (futura geração), cabendo àqueles zelar para que esses tenham à sua disposição, no mínimo, os recursos naturais que hoje existem. Tal fato encontra como arrimo a premissa que foi reconhecido ao gênero humano o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao gozo de condições de vida adequada, em ambiente que permita desenvolver todas as suas potencialidades em clima de dignidade e bem-estar. Pode-se considerar como um direito

transgeracional, ou seja, ultrapassa as gerações, logo, é viável afirmar que o meio-ambiente é um direito público subjetivo. Desta feita, o ideário de que o meio ambiente substancializa patrimônio público a ser imperiosamente assegurado e protegido pelos organismos sociais e pelas instituições estatais, qualificando verdadeiro encargo irrenunciável que se impõe, objetivando sempre o benefício das presentes e das futuras gerações, incumbindo tanto ao Poder Público quanto à coletividade considerada em si mesma.

Assim, decorrente de tal fato, produz efeito *erga omnes*, sendo, portanto, oponível contra a todos, incluindo pessoa física/natural ou jurídica, de direito público interno ou externo, ou mesmo de direito privado, como também ente estatal, autarquia, fundação ou sociedade de economia mista. Impera, também, evidenciar que, como um direito difuso, não subiste a possibilidade de quantificar quantas são as pessoas atingidas, pois a poluição não afeta tão só a população local, mas sim toda a humanidade, pois a coletividade é indeterminada. Nesta senda, o direito à interidade do meio ambiente substancializa verdadeira prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, ressoando a expressão robusta de um poder deferido, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas num sentido mais amplo, atribuído à própria coletividade social.

Com a nova sistemática entabulada pela redação do artigo 225 da Carta Maior, o meio-ambiente passou a ter autonomia, tal seja não está vinculada a lesões perpetradas contra o ser humano para se agasalhar das reprimendas a serem utilizadas em relação ao ato perpetrado. Figura-se, *ergo*, como bem de uso comum do povo o segundo pilar que dá corpo aos sustentáculos do tema em tela. O axioma a ser esmiuçado, está

atrelado o meio-ambiente como vetor da sadia qualidade de vida, ou seja, manifesta-se na salubridade, precipuamente, ao vincular a espécie humana está se tratando do bem-estar e condições mínimas de existência. Igualmente, o sustentáculo em análise se corporifica também na higidez, ao cumprir os preceitos de ecologicamente equilibrado, salvaguardando a vida em todas as suas formas (diversidade de espécies).

Por derradeiro, o quarto pilar é a corresponsabilidade, que impõe ao Poder Público o dever geral de se responsabilizar por todos os elementos que integram o meio ambiente, assim como a condição positiva de atuar em prol de resguardar. Igualmente, tem a obrigação de atuar no sentido de zelar, defender e preservar, asseverando que o meio-ambiente permaneça intacto. Aliás, este último se diferencia de conservar que permite a ação antrópica, viabilizando melhorias no meio ambiente, trabalhando com as premissas de desenvolvimento sustentável, aliando progresso e conservação. Por seu turno, o cidadão tem o dever negativo, que se apresenta ao não poluir nem agredir o meio-ambiente com sua ação. Além disso, em razão da referida corresponsabilidade, são titulares do meio ambiente os cidadãos da presente e da futura geração.

3 Meio Ambiente e Patrimônio Cultural: Aspectos Introdutórios

Quadra salientar que o meio ambiente cultural é constituído por bens culturais, cuja acepção compreende aqueles que possuem valor histórico, artístico, paisagístico, arqueológico, espeleológico, fossilífero, turístico, científico, refletindo as características de uma determinada sociedade. Ao lado disso, quadra anotar que a cultura identifica as sociedades humanas, sendo formada pela história e maciçamente influenciada pela natureza, como localização geográfica e clima. Com

efeito, o meio ambiente cultural decorre de uma intensa interação entre homem e natureza, porquanto aquele constrói o seu meio, e toda sua atividade e percepção são conformadas pela sua cultura. “A cultura brasileira é o resultado daquilo que era próprio das populações tradicionais indígenas e das transformações trazidas pelos diversos grupos colonizadores e escravos africanos”[16]. Desta maneira, a proteção do patrimônio cultural se revela como instrumento robusto da sobrevivência da própria sociedade.

Nesta toada, ao se analisar o meio ambiente cultural, enquanto complexo macrossistema, é perceptível que é algo incorpóreo, abstrato, fluído, constituído por bens culturais materiais e imateriais portadores de referência à memória, à ação e à identidade dos distintos grupos formadores da sociedade brasileira. Meirelles anota que “o conceito de patrimônio histórico e artístico nacional abrange todos os bens moveis e imóveis, existentes no País, cuja conservação seja de interesse público, por sua vinculação a fatos memoráveis da História pátria ou por seu excepcional valor artístico, arqueológico, etnográfico, bibliográfico e ambiental”[17]. Quadra anotar que os bens compreendidos pelo patrimônio cultural compreendem tanto realizações antrópicas como obras da Natureza; preciosidades do passado e obras contemporâneas.

Nesta esteira, é possível subclassificar o meio ambiente cultural em duas espécies distintas, quais sejam: uma concreta e outra abstrata. Neste passo, o meio-ambiente cultural concreto, também denominado material, se revela materializado quando está transfigurado em um objeto classificado como elemento integrante do meio-ambiente humano. Assim, é possível citar os prédios, as construções, os monumentos arquitetônicos,

as estações, os museus e os parques, que albergam em si a qualidade de ponto turístico, artístico, paisagístico, arquitetônico ou histórico. Os exemplos citados alhures, em razão de todos os predicados que ostentam, são denominados de meio-ambiente cultural concreto. Acerca do tema em comento, é possível citar o robusto entendimento jurisprudencial firmado pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar, ao apreciar o Recurso Especial Nº 115.599/RS:

Ementa: Meio Ambiente. Patrimônio cultural. Destruição de dunas em sítios arqueológicos. Responsabilidade civil. Indenização. O autor da destruição de dunas que encobriam sítios arqueológicos deve indenizar pelos prejuízos causados ao meio ambiente, especificamente ao meio ambiente natural (dunas) e ao meio ambiente cultural (jazidas arqueológicas com cerâmica indígena da Fase Vieira). Recurso conhecido em parte e provido. (Superior Tribunal de Justiça – Quarta Turma/ REsp 115.599/RS/ Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar/ Julgado em 27.06.2002/ Publicado no Diário da Justiça em 02.09.2002, p. 192).

Diz-se, de outro modo, o meio-ambiente cultural abstrato, chamado, ainda, de imaterial, quando este não se apresenta materializado no meio-ambiente humano, sendo, deste modo, considerado como a cultura de um povo ou mesmo de uma determinada comunidade. Da mesma maneira, são alcançados por tal acepção a língua e suas variações regionais, os costumes, os modos e como as pessoas relacionam-se, as

produções acadêmicas, literárias e científicas, as manifestações decorrentes de cada identidade nacional e/ou regional. Neste sentido, é possível colacionar o entendimento firmado pelo Tribunal Regional Federal da Segunda Região, quando, ao apreciar a Apelação Cível Nº 2005251015239518, firmou entendimento que “*expressões tradicionais e termos de uso corrente, trivial e disseminado, reproduzidos em dicionários, integram o patrimônio cultural de um povo*”[18]. Esses aspectos constituem, sem distinção, abstratamente o meio-ambiente cultural. Consoante aponta Brollo, “*o patrimônio cultural imaterial transmite-se de geração a geração e é constantemente recriado pelas comunidades e grupos em função de seu ambiente*”[19], decorrendo, com destaque, da interação com a natureza e dos acontecimentos históricos que permeiam a população.

O Decreto Nº. 3.551, de 04 de Agosto de 2000[20], que institui o registro de bens culturais de natureza imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro, cria o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial e dá outras providências, consiste em instrumento efetivo para a preservação dos bens imateriais que integram o meio-ambiente cultural. Como bem aponta Brollo[21], em seu magistério, o aludido decreto não instituiu apenas o registro de bens culturais de natureza imaterial que integram o patrimônio cultural brasileiro, mas também estruturou uma política de inventariança, referenciamento e valorização desse patrimônio. Ejeta-se, segundo o entendimento firmado por Celso Fiorillo[22], que os bens que constituem o denominado patrimônio cultural consistem na materialização da história de um povo, de todo o caminho de sua formação e reafirmação de seus valores culturais, os quais têm o condão

de substancializar a identidade e a cidadania dos indivíduos inseridos em uma determinada comunidade. Necessário se faz salientar que o meio-ambiente cultural, conquanto seja artificial, difere-se do meio-ambiente humano em razão do aspecto cultural que o caracteriza, sendo dotado de valor especial, notadamente em decorrência de produzir um sentimento de identidade no grupo em que se encontra inserido, bem como é propiciada a constante evolução fomentada pela atenção à diversidade e à criatividade humana.

4 A Proeminência da Convenção de Paris de 1970: Medidas a serem adotadas para proibir e impedir a importação, exportação e transferência de propriedade ilícita dos bens culturais

Em um primeiro momento, cuida anotar que a Convenção de Paris, promulgada em 14 de novembro de 1970, frisou que o intercâmbio de bens culturais entre as nações para fins científicos, culturais e educativos aumenta o conhecimento da civilização humana, enriquece a vida cultural de todos os povos e inspira o respeito mútuo e a estima entre as nações. Igualmente, os bens culturais constituem um dos elementos básicos da civilização e da cultura dos povos, e que seu verdadeiro valor só pode se apreciar quando se conhecem, com a maior precisão, sua origem, sua história e seu meio-ambiente. Ao lado disso, a Convenção de 1970 estabeleceu que todo Estado tem o dever de proteger o patrimônio constituído pelos bens culturais existentes em seu território contra os perigos de roubo, escavação clandestina e exportação ilícita. Desta feita, para evitar esses perigos é essencial que todo Estado tome cada vez mais consciência de seu dever moral de respeitar seu próprio patrimônio cultural e o de todas as outras nações. Mais que isso, os museus,

bibliotecas e arquivos, como instituições culturais que são, devem velar para que suas coleções sejam constituídas em conformidade com os princípios morais universalmente reconhecidos. Assim, a importação, exportação e transferência de propriedade ilícita dos bens culturais dificultam a compreensão entre as nações a qual a UNESCO tem o dever de promover, como parte de sua missão, recomendando aos Estados interessados que celebrem convenções internacionais para esse fim.

A proteção ao patrimônio cultural só pode ser eficaz se organizada, tanto em bases nacionais quanto internacionais, entre Estados que trabalhem em estreita cooperação. Para os fins da Convenção de 1970, a expressão "bens culturais" significa quaisquer bens que, por motivos religiosos ou profanos, tenham sido expressamente designados por cada Estado como de importância para a arqueologia, a pré-história, a história, a literatura, a arte ou a ciência, e que pertençam às seguintes categorias: a) as coleções e exemplares raros de zoologia, botânica, mineralogia e anatomia, e objeto de interesse paleontológico; b) os bens relacionados com a história, inclusive a história da ciência e da tecnologia, com a história militar e social, com a vida dos grandes estadistas, pensadores, cientistas e artistas nacionais e com os acontecimentos de importância nacional; c) o produto de escavação arqueológicas (tanto as autorizadas quanto as clandestinas) ou de descobertas arqueológicas; d) elementos procedentes do desmembramento de monumentos artísticos ou históricos e de lugares de interesse arqueológico; e) antiguidade de mais de cem anos, tais como inscrições, moedas e selos gravados; f) objetos de interesse etnológico; g) os bens de interesse artístico, tais como: i) quadros, pinturas e desenhos feitos

inteiramente a mão sobre qualquer suporte e em qualquer material (com exclusão dos desenhos industriais e dos artigos manufaturados decorados a mão); ii) produções originais de arte estatúaria e de escultura em qualquer material; iii) gravuras, estampas e litografias originais; iv) conjuntos e montagens artísticas em qualquer material; h) manuscritos raros e incunabulos, livros, documentos e publicações antigos de interesse especial (histórico, artístico, científico, literário, etc), isolados ou em coleções; i) selos postais, fiscais ou análogos, isoladas ou em coleções; j) arquivos, inclusive os fonográficos, fotográficos e cinematográficos; k) peças de mobília de mais de cem anos e instrumentos musicais antigos.

Os Estados Partes na Convenção de 1970 reconheceram que a importação, a exportação e a transferência de propriedade ilícitas dos bens culturais constituem uma das principais causas do empobrecimento do patrimônio cultural dos países de origem de tais bens, e que a cooperação internacional constitui um dos meios mais eficientes para proteger os bens culturais de cada país contra os perigos resultantes daqueles atos. Para tal fim, os Estados Partes comprometeram-se a combater essas práticas com meios de que disponham, sobretudo suprimento suas causas, fazendo cessar seu curso, e ajudando a efetuar as devidas reparações. São ilícitas a importação, exportação ou transferência de propriedade de bens culturais realizadas em infração das disposições adotadas pelos Estados Partes nos termos Convenção de 1970. Os Estados Partes na Convenção de 1970 reconheceram que, para os efeitos desta, fazem parte do patrimônio cultural de cada Estado os bens pertencentes a cada uma das seguintes categorias: a) os bens culturais criados pelo gênio individual ou coletivo de nacionais do Estado em questão, e bens culturais de importância para o

referido Estado criados, em seu território, por nacionais de outros Estados ou por apátridas residentes em seu território; b) bens culturais achados no território nacional; c) bens culturais adquiridos por missões arqueológicas, etnológicas ou ciências naturais com o consentimento das autoridades competentes do país de origem dos referidos bens; d) bens culturais que tenham sido objeto de um intercâmbio livremente acordado; e) bens culturais recebidos a título gratuito ou comprados legalmente com o consentimento das autoridades competentes do país de origem dos referidos bens.

A fim de assegurar a proteção de seus bens culturais contra a importação, a exportação e a transferência de propriedade ilícitas, os Estados Partes na Convenção de Paris de 1970 se comprometeram, nas condições adequadas a cada país, a estabelecer em seu território, se ainda não existiram, um ou mais serviços de proteção ao patrimônio cultural dotados de pessoal qualificado em número suficiente para desempenhar as seguintes funções: a) contribuir para a preparação de projetos de leis e regulamentos destinados a assegurar a proteção ao patrimônio cultural e particularmente a prevenção da importação, exportação e transferência de propriedade ilícitas de bens culturais importantes; b) estabelecer e manter em dia, com base em um inventário nacional de bens sob proteção, uma lista de bens culturais públicos e privados importantes, cuja exportação constituiria um considerável empobrecimento do patrimônio cultural nacional; c) promover o desenvolvimento ou a criação das instituições científicas e técnicas (museus, bibliotecas, arquivos, laboratórios, oficinas, etc.) necessárias para assegurar a preservação e a boa apresentação dos bens culturais; d) organizar a supervisão das escavações arqueológicas,

assegurar a preservação *in situ* de certos bens culturais, e proteger certas áreas reservadas para futuras pesquisas arqueológicas; e) estabelecer, com destino aos interessados (administradores de museus colecionadores, antiquários etc.), normas em conformidade com os princípios éticos enunciados na presente Convenção, e tomar medidas para assegurar o respeito a essas normas; f) tomar medidas de caráter educacional para estimular e desenvolver o respeito ao patrimônio cultural de todos o conhecimento das disposições da presente Convenção; g) cuidar para que seja dada a publicidade apropriada aos casos de desaparecimento de um bem cultural.

Qualquer Estado Parte na Convenção de 1970, cujo patrimônio cultural esteja ameaçado em consequência da pilhagem de materiais arqueológicos ou etnológicos, poderá apelar para os outros Estados Partes que estejam envolvidos. Os Estados partes na presente Convenção se comprometem, em tais circunstâncias, a participar de uma ação internacional concertada para determinar e aplicar as medidas concretas necessárias, inclusive o controle das exportações e importações do comércio internacional dos bens culturais em questão. Enquanto aguarda a celebração de um acordo. Cada Estado interessado deverá tomar medidas provisórias, dentro do possível, para evitar danos irremediáveis ao patrimônio cultural do Estado Solicitante. Os Estados Partes na presente Convenção se comprometem a: a) restringir, através da educação informação e vigilância, a circulação de qualquer bem cultural removido ilegalmente de qualquer Estado Parte na presente Convenção, e, na forma apropriada para cada país, obrigar os antiquários, sob pena se sofrerem sanções penais ou administrativas, a manter um registro que mencione a

procedência de cada bem cultural, o nome e o endereço do fornecedor, a descrição e o preço de cada bem vendido, assim como a informarem ao comprador um bem cultural da proibição de exportação à qual possa estar sujeito tal bem; b) esforçar-se, por meios educacionais, para incutir e desenvolver na mentalidade pública a consciência do valor dos bens culturais e da ameaça que representam para o patrimônio cultural o roubo, as escavações clandestinas e a exportação ilícita.

A exportação e a transferência de propriedade compulsória de bens culturais, que resultem direta ou indiretamente da ocupação de um país, por uma potência estrangeira, serão consideradas ilícitas. Os Estados Partes na Convenção de 1970 respeitarão o patrimônio cultural dos territórios por cujas relações internacionais sejam responsáveis, e deverão tomar todas as medidas apropriadas para proibir e impedir a importação, exportação e transferência de propriedades ilícitas de bens culturais naqueles territórios. Os Estados Partes na Convenção de 1970 comprometem-se, também - obedecida a legislação interna de cada Estado, a: a) impedir, por todos os meios apropriados, as transferências de propriedade de bens culturais que tendam a favorecer a importação ou exportação ilícitas de tais bens; b) assegurar que seus serviços competentes cooperem para facilitar a restituição o mais breve possível, a restituição o mais breve possível, a seu proprietário de direito, de bens culturais licitamente exportados; c) admitir ações reivindicatórias de bens culturais roubados ou perdidos movidas por seus proprietários de direito ou em seu nome; d) reconhecer o direito imprescritível de cada Estado Parte na presente Convenção de classificar e declarar inalienáveis certos bens culturais, os quais, *ipso facto*, não poderão ser exportados, e facilitar

a recuperação de tais bens pelo Estado interessado, no caso de haverem sido exportados.

Referência:

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21 ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros Ltda., 2007.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 04 abr. 2015.

_____. **Decreto N° 3.551, de 04 de Agosto de 2000**. Institui o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro, cria o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 04 abr. 2015.

_____. **Decreto-Lei N° 25, de 30 de novembro de 1937**. Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 04 abr. 2015.

_____. **Lei N°. 6.938, de 31 de Agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 04 abr. 2015.

_____. **Lei N°. 10.257, de 10 de Julho de 2001**. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 04 abr. 2015.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 04 abr. 2015.

_____. **Tribunal Regional Federal da Segunda Região.** Disponível em: <www.trf2.jus.br>. Acesso em 04 abr. 2015.

BRITO, Fernando de Azevedo Alves. A hodierna classificação do meio-ambiente, o seu remodelamento e a problemática sobre a existência ou a inexistência das classes do meio-ambiente do trabalho e do meio-ambiente misto. **Boletim Jurídico**, Uberaba, a. 5, n. 968. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br>>. Acesso em 04 abr. 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24 ed, rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 13 ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 38 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012.

MINAS GERAIS (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**. Disponível em: <www.tjmg.jus.br>. Acesso em 04 abr. 2015.

MOTTA, Sylvio; DOUGLAS, Willian. **Direito Constitucional – Teoria, Jurisprudência e 1.000 Questões**. 15 ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2004.

RIO GRANDE DO SUL (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em 04 abr. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental: Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

THOMÉ, Romeu. **Manual de Direito Ambiental: Conforme o Novo Código Florestal e a Lei Complementar 140/2011**. 2 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012.

VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br>>. Acesso em 04 abr. 2015.

NOTAS:

[1] VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br>>. Acesso em 04 abr. 2015, s.p.

[2] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental N°. 46/DF. Empresa Pública de Correios e Telégrafos. Privilégio de Entrega de Correspondências. Serviço Postal. Controvérsia referente à Lei Federal 6.538, de 22 de Junho de 1978. Ato Normativo que regula direitos e obrigações concernentes ao Serviço Postal. Previsão de Sanções nas Hipóteses de Violação do Privilégio Postal. Compatibilidade com o Sistema Constitucional Vigente. Alegação de afronta ao disposto nos artigos 1º, inciso IV; 5º, inciso XIII, 170, caput, inciso IV e parágrafo único, e 173 da Constituição do Brasil. Violação dos Princípios da Livre Concorrência e Livre Iniciativa. Não Caracterização. Arguição Julgada Improcedente. Interpretação conforme à Constituição conferida ao artigo 42 da Lei N. 6.538, que estabelece sanção, se configurada a violação do privilégio postal da União. Aplicação às atividades postais descritas no artigo 9º, da lei. Órgão

Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marcos Aurélio. Julgado em 05 ag. 2009. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 04 abr. 2015.

[3] VERDAN, 2009, s.p.

[4] BRITO, Fernando de Azevedo Alves. A hodierna classificação do meio-ambiente, o seu remodelamento e a problemática sobre a existência ou a inexistência das classes do meio-ambiente do trabalho e do meio-ambiente misto. **Boletim Jurídico**, Uberaba, ano 5, n. 968. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br>>. Acesso em 04 abr. 2015.

[5] MOTTA, Sylvio; DOUGLAS, Willian. **Direito Constitucional – Teoria, Jurisprudência e 1.000 Questões** 15 ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2004, p. 69.

[6] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 04 abr. 2015.

[7] Idem. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade N° 1.856/RJ. Ação Direta De Inconstitucionalidade - Briga de galos (Lei Fluminense N° 2.895/98) - Legislação Estadual que, pertinente a exposições e a competições entre aves das raças combatentes, favorece essa prática criminosa - Diploma Legislativo que estimula o cometimento de atos de crueldade contra galos de briga - Crime Ambiental (Lei N° 9.605/98, ART. 32) - Meio Ambiente - Direito à preservação de sua integridade (CF, Art. 225) - Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade - Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade - Proteção constitucional da fauna (CF, Art. 225, § 1º, VII) - Descaracterização da briga de galo como manifestação cultural -

Reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei Estadual impugnada - Ação Direta procedente. Legislação Estadual que autoriza a realização de exposições e competições entre aves das raças combatentes - Norma que institucionaliza a prática de crueldade contra a fauna – Inconstitucionalidade. . Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 26 mai. 2011. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 04 abr. 2015.

[8] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21 ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros Ltda., 2007, p. 569.

[9] BRASIL. **Lei Nº. 6.938, de 31 de Agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 04 abr. 2015.

[10] SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p.20.

[11] FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 13 ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 77.

[12] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 4.029/AM. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei Federal Nº 11.516/07. Criação do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade. Legitimidade da Associação Nacional dos Servidores do IBAMA. Entidade de Classe de Âmbito Nacional. Violação do art. 62, caput e § 9º, da Constituição. Não emissão de parecer pela Comissão Mista Parlamentar. Inconstitucionalidade dos artigos 5º, caput, e 6º, caput e parágrafos 1º e

2º, da Resolução Nº 1 de 2002 do Congresso Nacional. Modulação dos Efeitos Temporais da Nulidade (Art. 27 da Lei 9.868/99). Ação Direta Parcialmente Procedente. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgado em 08 mar. 2012. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 04 abr. 2015.

[13] THOMÉ, Romeu. **Manual de Direito Ambiental: Conforme o Novo Código Florestal e a Lei Complementar 140/2011**. 2 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012, p. 116.

[14] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 04 abr. 2015: “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

[15] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 1.856/RJ. Ação Direta De Inconstitucionalidade - Briga de galos (Lei Fluminense Nº 2.895/98) - Legislação Estadual que, pertinente a exposições e a competições entre aves das raças combatentes, favorece essa prática criminosa - Diploma Legislativo que estimula o cometimento de atos de crueldade contra galos de briga - Crime Ambiental (Lei Nº 9.605/98, ART. 32) - Meio Ambiente - Direito à preservação de sua integridade (CF, Art. 225) - Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade - Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade - Proteção constitucional da fauna (CF, Art. 225, § 1º, VII) -

Descaracterização da briga de galo como manifestação cultural - Reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei Estadual impugnada - Ação Direta procedente. Legislação Estadual que autoriza a realização de exposições e competições entre aves das raças combatentes - Norma que institucionaliza a prática de crueldade contra a fauna – Inconstitucionalidade. . Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 26 mai. 2011. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 04 abr. 2015.

[16] BROLLO, Sílvia Regina Salau. **Tutela Jurídica do meio ambiente cultural: Proteção contra a exportação ilícita dos bens culturais**. 106f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2006. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde_arquivos/1/TDE-2006-10-05T061948Z-421/Publico/SilviaDto.pdf>. Acesso em 04 abr. 2015, p. 15-16.

[17] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 38 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 634.

[18] BRASIL. **Tribunal Regional Federal da Segunda Região**. Acórdão proferido em Apelação Cível Nº 2005251015239518. Direito da propriedade industrial. Marca fraca e marca de alto renome. Anulação de marca. Uso compartilhado de signo mercadológico (ÔMEGA). I – Expressões tradicionais e termos de uso corrente, trivial e disseminado, reproduzidos em dicionários, integram o patrimônio cultural de um povo. Palavras dotadas dessas características podem inspirar o registro de marcas, pelas peculiaridades de suas expressões eufônicas ou pela sua inegável repercussão associativa no imaginário do consumidor. II – É

fraca a marca que reproduz a última letra do alfabeto grego (Omega), utilizado pelo povo helênico desde o século VIII a.C., e inserida pelos povos eslavos no alfabeto cirílico, utilizado no Império Bizantino desde o século X d.C. O propósito de sua adoção é, inegavelmente, o de fazer uso da familiaridade do consumidor com o vocábulo de uso corrente desde a Antiguidade. III – Se uma marca fraca alcançou alto renome, a ela só se pode assegurar proteção limitada, despida do jus excludendi de terceiros, que também fazem uso do mesmo signo merceológico de boa-fé e em atividade distinta. Nessas circunstâncias, não há a possibilidade de o consumidor incidir erro ou, ainda, de se configurar concorrência desleal. IV – Apelação parcialmente provida tão-somente para ajustar o pólo passivo da relação processual, fazendo constar o Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI como réu, mantida a improcedência do pedido de invalidação do registro da marca mista OMEGA (nº 818.522.216), classe 20 (móveis e acessórios de cozinha), formulado por Ômega S.A. Órgão Julgador: Segunda Turma Especializada. Relator: Desembargador Federal André Fontes. Julgado em 25.08.2007. Disponível em: <www.trf2.jus.br>. Acesso em 04 abr. 2015.

[19] BROLLO, 2006, p. 33.

[20] BRASIL. **Decreto Nº 3.551, de 04 de Agosto de 2000**. Institui o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro, cria o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 04 abr. 2015.

[21] BROLLO, 2006, p. 33.

[22] FIORILLO, 2012, p. 80.

Conforme a NBR 6023:2000 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico publicado em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma: RANGEL, Tauã Lima Verdan. *A Proeminência da Convenção de Paris de 1970: Medidas a serem adotadas para proibir e impedir a importação, exportação e transferência de propriedade ilícita dos bens culturais*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 22 maio 2015. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.53482>>. Acesso em: 23 maio 2015.

MANUTENÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO

BRENO DA SILVA RAMOS: Advogado da União. Coordenador-Geral de Assuntos Estratégicos, substituto, da Consultoria Jurídica do Ministério da Integração Nacional. Especialista em Direito Público e Direito Administrativo.

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo o estudo da teoria do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo, com uma análise das situações que podem ensejar o desequilíbrio da equação entre os custos do contratado na execução do objeto do contrato administrativo e a contraprestação que lhe é paga pela administração. Na sequência, serão vistos os três mecanismos de restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato que o ordenamento pátrio contempla: o reajuste, a revisão e a repactuação. Com isso, serão apontadas as características de cada um desses institutos com a respectiva hipótese de incidência. Por fim, será realizada uma pesquisa na jurisprudência com o escopo de se identificar como deve agir a administração nos casos em que o edital da licitação e o contrato sejam omissos quanto à possibilidade de concessão do reajuste, da revisão e da repactuação.

Palavras-chave: Reajuste. Revisão. Repactuação.

INTRODUÇÃO

A administração pública, por desempenhar papel de precípua interesse público, é regida por normas de direito público, as quais

derrogam o regime jurídico privado e criam um cenário de prerrogativas e deveres para aqueles que movem a máquina pública. Neste regime jurídico próprio – regime de direito público – dois princípios se destacam: o da supremacia do interesse público e o da indisponibilidade do interesse público.

De acordo com o princípio da supremacia do interesse público, em havendo um conflito entre o interesse de um particular e o interesse público, deve esse último prevalecer, visto que se deve privilegiar o bem comum da coletividade. Por outro lado, o postulado da indisponibilidade do interesse público apregoa que o agente administrativo é um mero gestor da coisa pública, não podendo dela dispor sem uma autorização legal. Sabe-se que a edição das leis cabe aos congressistas, que são eleitos de forma democrática pelo povo, razão pela qual apenas quando autorizados pelo povo, por meio de seus representantes políticos, é que o agente público pode dispor da *res publica*.

Diante desse cenário, em que o agir da administração por meio de seus representantes é regido por um regime jurídico próprio, cujas regras derrogam as normas de direito privado, também os contratos firmados pela administração são dotados de características próprias, ou seja, por normas de direito público.

Ocorre que nem sempre a administração firma pactos regidos predominantemente por normas de direito público. É possível que o ente público celebre um contrato cujo objeto seja eminentemente privado, como ocorre em um contrato de locação de imóvel privado. Nesse caso, estará a administração firmando um contrato regido predominantemente

pelas normas de direito privado, de modo que de contrato administrativo não se tratará, mas sim de um contrato privado da administração.

Os contratos administrativos em si são aqueles cujo objeto envolve a execução de um interesse público e cujas regras aplicáveis são de direito público, em sua maioria prevista na Lei 9.666/93. Incidirão, assim, diversas prerrogativas que colocam a administração em uma posição de superioridade perante o particular contratado.

Dentre tais prerrogativas, destacam-se a possibilidade de a administração promover a alteração unilateral do contrato, a rescisão unilateral, a aplicação de sanções e a fiscalização da execução contratual.

De outra senda, entretanto, também há regras que visam preservar os direitos do particular contratado a fim de manter a vantajosidade da contratação. Não fosse assim, não haveria interesse do privado em contratar com a administração. Exemplo desse tipo de regra é aquela que assegura a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, garantindo às partes contratantes a preservação da relação entre o encargo do contratado e o valor pago pela contratante durante toda a vigência contratual.

Para a manutenção do predito equilíbrio o ordenamento pátrio prevê a existência de três instrumentos: o reajuste, a revisão e a repactuação. Cada um desses tem a sua hipótese de incidência específica e visa a reparar um desequilíbrio distinto.

É sobre esses mecanismos de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo que o presente estudo se desenvolverá. Primeiro, será feita uma análise acerca das características de cada um dos instrumentos, para depois se verificar o entendimento da jurisprudência

pátria acerca da possibilidade de concessão do reajuste/revisão/repactuação nos casos em que não há previsão contratual expressa.

Por fim, será apresentada uma conclusão definindo o correto cabimento de cada um dos institutos, bem como um posicionamento acerca da seguinte indagação: É possível a concessão de reajuste/revisão/repactuação diante da ausência de previsão contratual?

1. OS MECANISMOS DE REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO

Os contratos administrativos em sentido estrito são aqueles ajustes cuja relação é regida predominantemente por normas de direito público e nos quais a administração contratante se encontra em uma posição de superioridade perante o particular contratante. Trata-se, portanto, de uma relação de verticalidade, e não de horizontalidade como ocorre nos contratos privados. Todas essas características têm uma razão de ser que pode ser extraída do binômio supremacia/indisponibilidade do interesse público.

De acordo com Celso Antônio Bandeira de Melo, o contrato administrativo *stricto sensu* pode ser conceituado nos seguintes termos:

20. À vista das considerações precedentemente feitas, pode-se conceituar contrato administrativo da seguinte forma: é um tipo de avença travada entre a Administração e terceiros na qual, por força de lei, de cláusulas pactuadas ou do tipo de objeto, a permanência do vínculo e as condições preestabelecidas assujeitam-se a variáveis

imposições de interesse público, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante privado.

(...)

22. Estes tipos de avença entre entidade pública e terceiro, consoante a opinião prevalente dos doutos, apresentam originalidade em relação às congêneres do Direito Privado, pela circunstância de sua disciplina jurídica sofrer o influxo de um interesse público qualificado a ser, por via delas, satisfeito.

Caio de Tácito, em expressão muito feliz, apostilou: “A tônica do contrato se desloca da simples harmonia de interesses para a consecução de um fim de interesse público.

23. Exatamente por isso, a relação em causa governa-se por princípios específicos – de Direito Administrativo – e se submete a regras da mesma espécie.

Tais preceitos visam a garantir a satisfação do interesse público, de tal modo que assujeitam peculiarmente o vínculo ao cabal cumprimento deste desiderato, o que, de resto, como ao diante se verá, em nada compromete os interesses particulares substanciados no ajuste. Conferem à Administração prerrogativa de supremacia, enquanto instrumentais à realização da finalidade pública e na medida em que o sejam, do mesmo passo em que lhe irrogam

sujeições típicas, umas e outras armadas ao propósito de acautelar o interesse público.

24. Os princípios aludidos afinam-se, portanto, com a posição características da Administração, que é indeclinável compromisso com um interesse cujo atendimento não pode ser postergado. Sua defesa postula, a um só tempo, a existência de assinalados poderes inculcados à Administração e restrições que lhe cerceiam, o quanto possível, eventuais extravios de sua conduta.^[1]

Nesse regime jurídico próprio, destacam-se as cláusulas exorbitantes que conferem as prerrogativas da administração. O art. 58 da Lei 8.666/93 – Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos – estabelece quais são essas prerrogativas, dentre as quais se destacam os poderes de: modificação unilateral, rescisão unilateral, fiscalização da execução, aplicação de sanções e ocupação provisória dos bens móveis, imóveis, de pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato quando se tratar de serviços essenciais.

São as aludidas cláusulas exorbitantes que caracterizam a verticalidade dos contratos administrativos por criarem uma certa sujeição do particular contratado perante a administração. Ao participar de uma licitação para concorrer à celebração de um contrato administrativo, o particular já está ciente de todas as regras do futuro ajuste, vez que essas são preestabelecidas. Nesse ponto o contrato administrativo muito se assemelha a um contrato de adesão, no qual ao particular só cabe discutir o valor que lhe será devido pelo objeto contratado.

Assim, uma vez definido o valor do contrato por meio do certame licitatório, é assegurada à administração contratante e ao particular contratado a manutenção das condições econômico-financeiras durante toda a execução contratual. Isso é, a equação entre os custos do contratado para a execução do objeto e o valor pago pela administração deve ser mantida inalterada ao longo da vigência contratual.

Referida regra é extraída do texto da Constituição Federal de 1988, que em seu artigo 37, XXI, apregoa:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

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

Da leitura do dispositivo se constata que é garantida às partes contratantes a manutenção das condições efetivas da proposta que estabeleçam obrigações de pagamento. Ou seja, não só é vedado à administração alterar as cláusulas econômico-financeiras de forma unilateral, como é assegurado ao contratado a manutenção das condições iniciais no caso do advento de fatos que alterem de forma significativa o quanto pactuado.

Tal regra, que consubstancia a teoria do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, tem como fundamento o fato de, em que pese o interesse público da administração na execução contratual, o particular contratado tem como objetivo principal o lucro por meio da remuneração pactuada.

Antes de adentrar no estudo dos mecanismos de reestabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, cumpre analisar as possíveis causas do desequilíbrio.

Quando celebrado um contrato administrativo, as partes levam em consideração as condições presentes, tais como o preço de insumos, a remuneração da mão de obra, os impostos e os demais custos ordinários. Todavia, as partes contratantes estão sempre sujeitas ao risco de que essas condições se alterem no decorrer da execução contratual. A depender da alteração, surgirá para os contratantes o direito de reajuste/revisão/repactuação do valor contratual.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ao analisar a teoria do equilíbrio econômico do contrato administrativo, estabelece a seguinte distinção entre os riscos que o particular enfrenta quando contrata com a Administração:

1. **álea ordinária** ou **empresarial**, que está presente em qualquer tipo de negócio; é um risco que todo empresário ocorre, como resultado da própria flutuação do mercado; sendo possível por ele responder o particular. Há quem entenda que mesmo nesses casos a Administração responde, tendo em vista que nos contratos administrativos os riscos assumem maior relevância por causa do porte dos empreendimentos, o que torna mais difícil a adequada previsão dos gastos; não nos parecer aceitável essa tese, pois, se os riscos não eram previsíveis, a álea deixa de ser ordinária;
2. **álea administrativa**, que abrange três modalidades:
 - a) uma decorrente do poder de **alteração unilateral** do contrato administrativo, para atendimento do interesse público; por ela responde a Administração, incumbindo-lhe a obrigação de restabelecer o equilíbrio voluntariamente rompido;
 - b) a outra corresponde ao chamado **fato do príncipe**, que seria um ato de autoridade, não diretamente relacionado com o contrato, mas que repercute indiretamente sobre ele; nesse caso, a Administração também responde pelo restabelecimento do equilíbrio rompido;

- c) a terceira constitui o **fato da Administração**, entendido como “toda conduta ou comportamento desta que torne impossível, para o cocontratante particular, a execução do contrato” (Escola, 1997, v. I:434); ou, de forma mais completa, é “toda ação ou omissão do Poder Público que, incidindo direta e especificamente sobre o contrato, retarda, agrava ou impede a sua execução” (Hely Lopes Meirelles, 2003:233);
3. **álea econômica**, que corresponde a circunstâncias externas ao contrato, estranhas à vontade das parte, imprevisíveis, excepcionais, inevitáveis, que causam desequilíbrio muito grande no contrato, dando lugar à aplicação da teoria da imprevisão; a Administração Pública, em regra, responde pela recomposição do equilíbrio econômico-financeiro. (grifos do original)[2]

O Tribunal de Contas da União, por seu turno, vislumbra de forma mais simplificada a existência de dois tipos de álea, a ordinária e a extraordinária. Nesse sentido, é o que consta do Acórdão nº 1563/2004 – Plenário:

9. Essa relação que se estabelece entre as partes contratantes pode ser abalada por dois tipos de álea

(possibilidade de prejuízo ao lado da probabilidade de lucro), quais sejam, a ordinária e a extraordinária:

9.1 A álea ordinária, também denominada empresarial, consiste no 'risco relativo à possível ocorrência de um evento futuro desfavorável, mas previsível ou suportável, por ser usual no negócio efetivado' (Maria Helena Diniz. Dicionário jurídico. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 157). Exatamente por ser previsível ou suportável é considerado risco inerente ao negócio, não merecendo nenhum pedido de alteração contratual, pois cabe ao empresário adotar medidas para gerenciar eventuais atividades deficitárias. Contudo, nada impede que a lei ou o contrato contemple a possibilidade de recomposição dessas ocorrências. No caso de estar prevista, a efetivação do reajuste será mera execução de condição pactuada, e não alteração;

9.2 a álea extraordinária pode ser entendida como o 'risco futuro imprevisível que, pela sua extemporaneidade, impossibilidade de previsão e onerosidade excessiva a um dos contratantes, desafie todos os cálculos feitos no instante da celebração contratual' (DINIZ, 1998, p. 158), por essa razão autoriza a revisão contratual, judicial ou administrativa, a fim de restaurar o seu equilíbrio original.

10. A Lei de Licitações e Contratos Administrativos prevê a possibilidade de readequar a equação econômico-financeira nas hipóteses de álea ordinária e extraordinária. (...)

No caso, quer se trate de álea ordinária, quer se trate de álea extraordinária, assistirá ao particular contratado o direito ao restabelecimento do equilíbrio. Isso porque o art. 37, XXI, da CF/88 não faz distinção quanto ao fato que ensejou o desequilíbrio econômico.

A diferença decorrente dos tipos de áleas está no instrumento que será utilizado para sanar a disparidade gerada. Os mecanismos que o ordenamento pátrio prevê para o restabelecimento do equilíbrio econômico do contrato são o reajuste, a revisão e a repactuação.

O reajuste consiste em “uma fórmula preventiva normalmente usada pelas partes já ao momento do contrato, com vistas a preservar os contratos dos efeitos de regime inflacionário”[3]. Trata-se, assim, de uma fórmula que deve ser prevista já no contrato com o fim de fazer frente às futuras oscilações financeiras geradas pela inflação. Constitui, portanto, um mecanismo hábil a sanar desequilíbrios causados por álea econômica ordinária, ou seja, pela inflação, que é um fenômeno estranho à vontade das partes, porém, previsível.

Por se tratar o reajuste de uma regra que já deve vir estampada no instrumento contratual, o art. 55 da Lei 8.666/93, em seu inciso III, dispõe que é cláusula necessária em todo contrato a que estabeleça “o preço e as condições de pagamento, **os critérios, data-base e periodicidade do reajuste de preços**, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento”.

Ademais, a Lei nº 10.192, de 14 de fevereiro de 2001, que dispõe sobre medidas complementares ao Plano Real e dá outras providências, estabelece algumas regras para a incidência do reajuste:

Art. 2º É admitida estipulação de correção monetária ou de reajuste por índices de preços gerais, setoriais ou que reflitam a variação dos custos de produção ou dos insumos utilizados nos contratos de prazo de duração igual ou superior a um ano.

§ 1º É nula de pleno direito qualquer estipulação de reajuste ou correção monetária de periodicidade inferior a um ano.

O reajuste, desse modo, é mecanismo cujo prazo para incidência é de no mínimo 01 ano a contar da data em que estipulados os valores que serão reajustados. A norma veda de forma peremptória a estipulação de reajuste por prazo inferior a um ano.

Todavia, deve-se ressaltar que, conforme disciplinado pelo art. 3º, §1º, da Lei 10.192/2001 e pelo art. 40, XI, da Lei 8.666/93, no âmbito dos contratos administrativos o prazo de 01 ano para a incidência do reajuste tem como marco inicial a data prevista para a apresentação da proposta pelo licitante, ou a data do orçamento a que a proposta se referir, tendo como marco final o adimplemento de cada parcela. Assim, é possível que antes do decurso de 01 ano do prazo de vigência contratual o particular contratado adquira o direito ao reajuste. É nesse sentido a lição de Rafael Carvalho Rezende Oliveira:

Ressalte-se, contudo, que a periodicidade anual do reajuste deve levar em consideração a data de

apresentação da proposta ou do orçamento a que a proposta se referir (art. 40, XI, da Lei 8.666/93 e art. 3º, §1º, da Lei 10.192/2001), visto que o art. 37, XXI, da CRFB, que consagra o princípio do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, exige a manutenção das condições efetivas da proposta. É o valor da proposta que deve ser preservado no curso do contrato.

Destarte, o prazo de 12 meses para o reajustamento não é contado da assinatura do contrato, o que permite concluir que o reajuste será possível nos contratos com prazo inferior a um ano. Ex.: licitante apresenta a proposta vencedora em maio de 2008, mas o contrato, com prazo de 10 meses, é assinado em agosto de 2008. Em maio de 2009, o licitante poderá pleitear o reajuste.

É possível, inclusive, que o reajuste ocorra antes da assinatura do contrato, desde que ultrapassado o prazo de 12 meses da apresentação da proposta.^[4]

Pelo exposto, pode-se concluir que o reajuste é mecanismo de combate à álea ordinária – inflação –, e cuja fórmula com índice pré-definido deve constar de forma expressa no instrumento contratual, sendo o prazo de incidência de, no mínimo, 12 meses a contar da data da apresentação da proposta ou da data do orçamento desta. Por já estar previamente disciplinado no instrumento contratual, o reajuste deve ser dar mediante requerimento da parte interessada e ser efetuado por meio de

simples apostilamento, não sendo necessária a celebração de aditivo contratual.

A revisão, por sua vez, se diferencia do reajuste na medida em que não é realizada com base em uma fórmula pré-definida no contrato e tem como causa a álea extraordinária. Ou seja, a sua incidência decorre de fatos supervenientes e imprevisíveis. De acordo com Rafael Carvalho Rezende Oliveira:

A revisão refere-se aos fatos supervenientes e imprevisíveis (ex: caso fortuito e força maior) ou previsíveis, mas de consequências incalculáveis (ex: alteração unilateral do contrato) que desequilibram a equação econômica do contrato (arts. 58, §2º, 65, II, “d” e §§ 5º e 6º, da Lei 8.666/1993). Em virtude da impossibilidade de se prever a amplitude do desequilíbrio, constatado o fato superveniente, as partes formalizarão a revisão do contrato para restaurar o equilíbrio perdido.[5]

José dos Santos Carvalho Filho, por sua vez, cita como exemplo de causa da revisão o caso em que a administração contratante impõe uma alteração unilateral e essa modificação enseja um ônus para o contratado, desequilibrando a equação econômico-financeira. Nessa hipótese, cabe ao Poder Público realizar a revisão do preço do contrato para que este passe a ser condizente com o equilíbrio econômico inicial.[6]

O respaldo legal para a revisão, além do art. 37, XXI, da CF/88, está no art. 65, II, alínea “d” da Lei 8.666/93, que prevê que o contrato

administrativo, com as devidas justificativas, pode ser alterado de comum acordo pelas partes:

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequência incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.[7]

Do exposto, infere-se que sendo a revisão o mecanismo adequado para os casos de álea extraordinária, quando não tinham as partes como antever a ocorrência do fato, não é necessário que conste expressa previsão contratual acerca da possibilidade de ocorrência da revisão, bem como quais critérios serão utilizados para tanto. Ademais, a revisão não está adstrita ao transcurso do interregno mínimo de um ano de uma determinada data para a sua realização. O direito à revisão nasce com o fato que a ensejou, independentemente da contagem de prazos.

Assim, como a revisão se dá de acordo com as características do fato que ensejar o desequilíbrio, cabe à parte prejudicada pleitear a revisão comprovando a causa e o prejuízo gerado pelo desequilíbrio. Nesse sentido:

Diferentemente do que ocorre com o reajuste, o direito à revisão independe de previsão expressa no instrumento contratual, bastando a comprovação da existência de fato superveniente que tenha causado o rompimento do equilíbrio econômico-financeiro do ajuste. São dois os fundamentos para tal conclusão: primeiramente, cuida-se de direito oriundo diretamente do texto legal, que obviamente, se situa acima do contrato; ademais, torna-se impossível qualquer previsão sobre fatos futuros que possam influir na relação contratual. Importante, pois é a ocorrência do fato, e não sua formalização no contrato.

Na revisão, diferentemente do reajuste, a formalização deve se dar através de termo aditivo, com fulcro previsto no art. 65, II, alínea “d”, da Lei 8.666/93, não sendo suficiente o mero apostilamento, já que as condições em que a revisão será efetuada não estão predeterminadas no instrumento contratual.

Ultrapassado esse ponto, tem-se o terceiro e último instrumento utilizado para o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos: a repactuação.

A repactuação não encontra previsão expressa na Lei 8.666/93. Sua disciplina, no âmbito da União, está no art. 5º do Decreto nº 2.271/1997 e a partir do art. 37 da Instrução Normativa nº 2/2008 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

Da leitura das referidas normas, verifica-se que a repactuação tem lugar em contratos de prestação de serviços contínuos com mão de obra terceirizada e sua hipótese de incidência se dá quando há um desequilíbrio decorrente da variação dos preços de mercado e/ou variação considerável dos custos da mão de obra em virtude da celebração de acordo, convenção ou dissídio coletivo.

Semelhante ao reajuste, a repactuação deve obedecer ao interregno mínimo de um ano, e, nos termos do art. 38 da aludida IN 2/2008, a contagem desse prazo se dá da seguinte forma:

Art. 38. O interregno mínimo de 1 (um) ano para a primeira repactuação será contado a partir:

I - da data limite para apresentação das propostas constante do instrumento convocatório, em relação aos custos com a execução do serviço decorrentes do mercado, tais como o custo dos materiais e equipamentos necessários à execução do serviço; ou

II - da data do acordo, convenção ou dissídio coletivo de trabalho ou equivalente, vigente à época da apresentação da proposta, quando a variação dos custos for decorrente da mão-de-obra e estiver vinculada às datas-base destes instrumentos.

Para que a repactuação seja realizada, cumpre à parte interessada realizar o requerimento perante a administração, demonstrando de forma

analítica a alteração dos custos por meio da apresentação de planilha de custos e formação de preços ou do novo acordo, convenção ou dissídio coletivo que fundamenta a repactuação, conforme for a variação de custos objeto da repactuação. (Art. 40 da IN 02/2008).

A formalização da repactuação, no entanto, prescinde da celebração de termo aditivo, podendo ser realizada por mero apostilamento, após o requerimento formal do contratado, nos termos do parágrafo 4º do predito art. 40 da IN 02/2008.

Pois bem. Estando devidamente individualizadas as características de cada um dos mecanismos de restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, cumpre analisar as consequências da ausência de previsão destes institutos no instrumento contratual.

2. A (DES)NECESSIDADE DE PREVISÃO EXPRESSA NO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO E NO CONTRATO

Conforme já apregoado acima, a revisão independe de previsão contratual para a sua incidência, já que o fato que lhe dá ensejo é imprevisível e extraordinário. Assim, não podendo as partes antever o acontecimento do fato para o fim de predeterminar as regras que regularão a revisão, essa deve se dar unicamente após a ocorrência do referido fato e independente da previsão contratual. Como também já exposto, as regras da revisão estarão determinadas no competente termo aditivo contratual.

No que tange à repactuação, verifica-se que o art. 5º do Decreto nº 2.271, de 07 de julho de 1997, dispõe de forma expressa que “desde que previsto no edital” os contratos que tenham por objeto a prestação de serviços executados de forma contínua poderão admitir a repactuação. Ou seja, a norma taxativamente afasta a possibilidade de repactuação quando

não houver a previsão de sua possibilidade no edital da licitação e no respectivo contrato.

A IN nº 2/2008 do MPOG, por sua vez, não repete a exigência do Decreto nº 2.271/1997, estabelecendo como único pressuposto para a realização da repactuação a solicitação por parte do particular contratado mediante a comprovação da variação dos custos, conforme já detalhado anteriormente.

Já quanto ao reajuste, coube ao inciso III do art. 55, da Lei 8.666/93, arrolar como uma das cláusulas necessárias – que deve constar – do contrato administrativo aquela que regula o reajuste contratual. No mesmo sentido, tem-se o art. 40, XI, da predita Lei, que dispõe ser conteúdo obrigatório dos editais de licitação o critério de reajuste dos valores contratados.

Assim, interpretando-se o ordenamento pátrio de forma literal e tendo em mente o princípio da vinculação do instrumento convocatório, que torna o edital a “lei” da contratação dele decorrente, seria de se concluir pela impossibilidade de concessão de reajuste e/ou repactuação nos casos que os instrumentos convocatórios e contratuais não contivessem previsão expressa da possibilidade de utilização dos referidos institutos.

É esse o posicionamento de relevante parcela da doutrina pátria, que afastam o direito do particular contratado ao reajuste e à repactuação nos casos em que não há previsão literal de incidência dos mecanismos. Nesse sentido, José dos Santos Carvalho Filho e Rafael Carvalho Rezende Oliveira, respectivamente:

Sensível a essa realidade, o legislador inseriu, entre as cláusulas necessárias do contrato administrativo, “o preço e as condições de pagamento, e quando for o caso os critérios de reajustamento” (art. 55, III, do Estatuto). É bom que se diga, porém, que deve ser expressa a avença nesse sentido, razão por que, sem ela, entende-se que o preço ajustado é fixo irrevogável.^[8]

Se o edital e o contrato não estabelecem a cláusula do reajuste, considera-se irrevogável o valor da proposta. A matéria insere nos direitos disponíveis das partes e a inflação não é um fato imprevisível, razão pela qual seria vedada a invocação da teoria da imprevisão para atualizar o valor do contrato. Ademais, os licitantes, quando apresentaram suas propostas, tomaram ciência do edital e da minuta do contrato e, portanto, aquiesceram com os seus termos, inserido suas propostas o “custo” da ausência do reajuste. A concessão de reajuste violaria os princípios da isonomia e da vinculação ao instrumento convocatório.^[9]

Também filiado à corrente que nega o direito do contratado ao reajuste em face da omissão contratual, Marçal Justen Filho propõe o seguinte desfecho para o caso:

A previsão do reajuste contratual é obrigatória, sempre que for previsível decurso de prazo superior

a doze meses, tal como exposto nos comentários ao art. 40. Em muitos casos, no entanto, o contrato não contém cláusula de reajuste em virtude da ausência dos pressupostos correspondentes no momento da elaboração do ato convocatório. Durante a execução do contrato, no entanto, fatores imprevisíveis podem conduzir à dilação dos prazos contratuais. O particular é obrigado a manter os seus preços inalterados pelo período de até doze meses (computados a partir da data da apresentação da proposta ou daquela a que se referir o orçamento). Ultrapassado esse prazo, o particular tem direito a uma compensação pela variação de preços produzida pela inflação. No entanto, a ausência de previsão contratual impede a aplicação do reajuste. Em tal caso, a solução será a recomposição da equação econômico-financeira por meio da revisão de preços. O particular manterá o direito à compensação pelas perdas derivadas da inflação. A revisão de preços poderá seguir exatamente os mesmos critérios do reajuste.^[10]

O Tribunal de Contas da União, no entanto, tem posicionamento contrário à doutrina acima citada. No entendimento da Corte, a previsão Constitucional da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro confere ao contratado o direito ao reajuste ainda quando o edital e o contrato sejam omissos. É essa a conclusão a que se chegou nos seguintes julgados:

(Voto) 27. Quanto à vedação ao reajuste prevista no contrato firmado com a Tecnocoop, cabe ressaltar que a jurisprudência desta Corte de Contas é no sentido de que deverá assegurar-se ao interessado o direito a esse instrumento de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, **ainda que não esteja previsto contratualmente**, uma vez que a Lei nº 8.666/93 (arts. 5º, § 1º, e 40, XI) garante aos contratados a correção dos preços a fim de que lhes preservem o valor (Acórdãos nº 376/1997 - 1ª Câmara e 479/2007 - Plenário). (TCU, Acórdão nº 963/2010, Plenário.) (Grifou-se)

“5.2. Responsável: ADEMAR PAULINO DE LIMA (fls. 180 - vol. principal); CPF: 023.065.304-91; Endereço: Rua Quintino Bocaiúva, 264, Térreo, Palmeira, Campina Grande/PB, CEP 58102-090 (Prefeito Municipal de Areia/PB, período de 2001 a 2004)

- Atos impugnados: Irregularidades na execução do Contrato nº 15/2000, celebrado entre a Prefeitura Municipal de Areia/PB e a Empresa Pereira de Carvalho & Cia. Ltda., CNPJ 00.279.525/0001-08, utilizado para a construção da Barragem Saulo Maia, objeto dos Convênios nºs 997/2001 e 259/2003, celebrados com o Ministério da Integração Nacional.

a) Irregularidade: pagamento de reajustamento de preços de serviços executados, sem cobertura contratual, uma vez que não foi formalizado aditivo contratual estabelecendo os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços. Dispositivos violados: art. 55, III, da Lei nº 8.666/93.

"5.1. Defesa:

5.1.1 O responsável, com supedâneo no entendimento do doutrinador Marçal Justen, afirmou que é direito das partes, de fundo constitucional, a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da avença independente de cláusula contratual, ou previsão no ato convocatório, de onde conclui que o reajuste de preços independe de previsão contratual expressa (Anexo 9, fls.40).

5.1.2 Continua o ex-Prefeito, a ausência de cláusula de reajuste no contrato, com o fundamento na Consulta nº 761137 do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, não é capaz de nulificar o certame, no caso específico a proposta da empresa vencedora, de 23/06/2000, pois cabe reajuste, após 12 (doze) meses, independente da disposição contratual, conforme dispõe a Constituição Federal, no art. 37, XXI.

5.1.3 Em reforço ao entendimento, insere a manifestação do professor Diógenes Gasparini que

expõe os limites para manutenção de equilíbrio-financeiro da proposta em cumprimento da determinação constitucional (Anexo 9, fls.41).

5.1.4 O gestor concluiu que o art. 5º, §1º, o art 40, XIV, "c" e o art. 55, III, da Lei nº 8.666/93 tornaram obrigatória a correção monetária, o fato de que não estar prevista no ato convocatório na autoriza a Administração descumprir a lei.

5.1.5 Assim, não há que se falar em falha no Contrato nº 15/2000, quando a própria Constituição Federal assegura o reajustamento de preços, previsto, ou não, no ato convocatório (Anexo 9, fls.42).

5.2. Análise:

5.2.1 A justificativa do responsável é aceitável, ante o previsto no art. 3º, § 1º, da Lei nº 10.192/2001 e com o supedâneo do art. 37, XXI, da Carta Magna:

"Art. 3º Os contratos em que seja parte órgão ou entidade da Administração Pública direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, serão reajustados ou corrigidos monetariamente de acordo com as disposições desta Lei, e, no que com ela não conflitarem, da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993.

§ 1º A periodicidade anual nos contratos de que trata o caput deste artigo será contada a partir da data

limite para apresentação da proposta ou do orçamento a que essa se referir.

Art .37

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

5.2.2 Os critérios de reajuste de preços são cláusulas necessárias aos contratos administrativos, ante o disposto no art.55, III, da Lei nº 8.666/93, mas sua ausência não tem o condão de inviabilizar os pagamentos de reajuste, considerado o pressuposto constitucional e legal como mencionado.

5.2.3 A própria jurisprudência deste Tribunal entende que ausência de critério de reajuste em contratos com a Administração Pública é uma falha formal, sanável por Termo Aditivo, nos contratos em vigor - Acórdão 361/2006 - Plenário, Acórdão 1159/2008-Plenário e Acórdão 1365/2010 -

Segunda Câmara Acórdão 60/2005 - Plenário e Acórdão 3740/2010 - Primeira Câmara.

5.2.4 No caso em tela, s.m.j, o Primeiro Termo Aditivo ao Contrato nº 15/200, sanou a questão (fls.100, Anexo 9).

5.2.5 Justificativa acatada." (TCU, Acórdão nº 175/2011, Plenário.) (grifou-se)

Também no âmbito do Poder Judiciário se encontra decisões pela possibilidade de concessão do reajuste independentemente da previsão contratual, conforme se verifica do seguinte Acórdão lavrado pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região:

ADMINISTRATIVO. INFRAERO. CONTRATO DE REALIZAÇÃO DE OBRAS E SERVIÇOS. AUSÊNCIA DE DISPOSIÇÃO EXPRESSA NO INSTRUMENTO EDITALÍCIO E NO CONTRATO ACERCA DO CRITÉRIO DE REAJUSTE DE PREÇOS. DISPOSIÇÃO DE CARÁTER OBRIGATÓRIO. IMPOSIÇÃO DE EXIGÊNCIA NÃO PREVISTA EM LEI. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. AUSÊNCIA DE CULPA DA EMPRESA DE ENGENHARIA NO ATRASO NA CONCLUSÃO DAS OBRAS.

1. Trata-se de apelação interposta pela Empresa Brasileira de Infra-estrutura Aeroportuária (INFRAERO) contra sentença da lavra da MM. Juíza Federal Substituta da 21ª Vara da Seção Judiciária de

Pernambuco que julgou procedente o pedido contido na exordial para condenar a INFRAERO a pagar à parte autora, a título de reajuste de preços, a importância de R\$ 75.934,81 (setenta e cinco mil, novecentos e trinta e quatro reais e oitenta e um centavos).

2. O critério de reajuste de preços a incidir, eventualmente, no contrato administrativo é disposição de caráter obrigatório: inteligência do art. 37, XXI, da Constituição Federal; art. 40, XI, e art. 55, III, da Lei nº. 8.666/93; e art. 3º da Lei nº. 10.192/2001.

3. A ausência de previsão expressa, portanto, não pode servir de fundamento à escusa da entidade pública contratante em assegurar ao ente privado o direito ao valor decorrente do reajuste de preços. A prevalecer esse entendimento, a rigor, estar-se-ia autorizando que o órgão público se beneficiasse da própria negligência.

4. Se a obrigação de reajustar os preços decorre da própria lei e esta, para tanto, não exige que o contratante comprove o aumento dos custos de produção, mister reconhecer abusiva esta exigência formulada pela INFRAERO como condição para pagamento do pretendido reajuste. Afinal, constitui o norte do próprio Estado Democrático de Direito a

noção de que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (art. 5º, II, CF).

5. Não seria razoável, ou mesmo justo, do ponto de vista jurídico-moral, impor à empresa contratante o gravame de suportar prejuízo decorrente do atraso na conclusão da empreitada para o qual não concorreu efetivamente.

Apelação improvida.

(PROCESSO: 200883000176897, AC473857/PE, RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA, Primeira Turma, JULGAMENTO: 11/11/2010, PUBLICAÇÃO: DJE 24/11/2010 - Página 220)

Nessa esteira, pode-se concluir que, apesar do posicionamento contrário de abalizada doutrina nacional, a jurisprudência do Tribunal de Contas da União, e também do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, admitem a concessão do reajuste nos casos em que a administração se omitiu em dispor a esse respeito no edital de licitação e no contrato administrativo.

Cabe esclarecer que nesses casos, em que o edital e o contrato são omissos, para que o reajuste seja concedido é necessário que as partes contratantes firmem um termo aditivo, no qual será inserida uma cláusula de reajuste ao contrato, com a eleição do índice que será utilizado para o cálculo do referido reajuste.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, é de se ter em mente que a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro contrato é uma garantia Constitucional concedida às partes contratantes nos contratos administrativos, com o fim de garantir tanto à administração contratante como ao particular contratado a preservação da equação entre os custos do contratado na execução do objeto e a contraprestação que lhe é paga pela contratante.

Todavia, uma vez que diante de algumas circunstâncias esse equilíbrio pode ser quebrado, o ordenamento pátrio prevê os três multicitados mecanismos de restauração do equilíbrio econômico-financeiro do contrato: o reajuste, a revisão e a repactuação.

O reajuste tem cabimento para fazer frente à desvalorização da moeda pela corrosão da inflação, de forma que a fórmula do reajuste já deve constar de forma originária no edital da licitação e no contrato administrativo. Tem como finalidade o combate à álea econômica ordinária.

A revisão é o mecanismo hábil a remediar desequilíbrios gerados pela álea extraordinária e extracontratual, a exemplo do caso fortuito e da força maior, de forma que a sua incidência não requer previsão expressa nos instrumentos do edital e do contrato. Em havendo a ocorrência do fato ensejador do desequilíbrio, cabe à parte interessada formular o pedido de revisão mediante a comprovação do prejuízo gerado.

A repactuação, por sua vez, encontra o seu âmbito de incidência nos contratos de serviço continuado com prestação de mão de obra terceirizada, e tem por fim sanar os desequilíbrios gerados pelas variações dos preços do mercado e alterações salariais decorrentes de acordos,

convenções coletivas e dissídios coletivos. Assim como o reajuste, a repactuação requer o transcurso do lapso de 01 ano da data da fixação dos valores para a sua incidência.

Tanto o reajuste quanto a repactuação, de acordo com o ordenamento pátrio, devem ser disciplinados no edital da licitação e no instrumento contratual. Nesse sentido, a doutrina majoritária entende que em não havendo a previsão, as partes contratantes não pode requerer a utilização desses mecanismos.

É de se destacar que as regras são distintas. Enquanto a Lei 8.666/93 estabelece que todo contrato administrativo deve disciplinar o reajuste, o art. 5º do Decreto nº 2.271, de 07 de julho de 1997, dispõe claramente que a repactuação só incide nos contratos em que houver a previsão expressa da possibilidade de utilização desse mecanismo.

Assim, é de se concluir que, quanto à repactuação, a princípio, só há que se falar na sua utilização nos contratos em que haja a previsão expressa.

Com relação ao reajuste, por outro lado, o Tribunal de Contas da União entende que, mesmo quando houver omissão do edital e do contrato, o reajuste deve ser concedido, pois se trata de um direito constitucional que não pode ser afastado por um mero formalismo.

De fato, a razão parece estar com a Corte de Contas. A manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato é um direito cujo respaldo está na Constituição Federal, e, de acordo com a Lei 8.666/93, a disciplina do reajuste é uma cláusula obrigatória de todo edital e contrato administrativo, de forma que ao se submeter a uma licitação,

independente da previsão expressa, o licitante já tem o conhecimento de que o reajuste é um direito que lhe é garantido.

Assim, não haverá, a princípio, quebra de isonomia na concessão de reajuste sem a previsão originária no edital e no contrato, pois a lei é clara ao garantir esse direito aos contratantes quando preenchidos os requisitos legais.

Portanto, conclui-se pela possibilidade de concessão do reajuste independentemente de previsão contratual. Nesse caso, porém, as partes devem celebrar um termo aditivo estabelecendo a fórmula que será utilizada para tanto.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 16. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 28. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2011.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Licitações e contratos administrativos. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

[1] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 28. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2011. p. 626/627.

[2] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 286.

- [3] CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 198.
- [4] OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Licitações e contratos administrativos. 2^a. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013. p. 224.
- [5] OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Ibid. p 226.
- [6] CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit. p. 198.
- [7] CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit. p. 199.
- [8] CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit. p. 198.
- [9] OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Op. cit. p. 224/225.
- [10] JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 16. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 931.

Conforme a NBR 6023:2000 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico publicado em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma: RAMOS, Breno da Silva. *Manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 21 maio 2015. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.53480>>. Acesso em: 23 maio 2015.

A (IN)COMPATIBILIDADE NA OFENSA AO PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL, PREVISTA NO TRATADO DE ROMA DO TPI, DIANTE DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

ROSEMARY GONÇALVES MARTINS: Advogada.
Graduada em Direito pela Universidade Nove de Julho - UNINOVE (Turma 01/2009 - 02/2013).

RESUMO

O presente artigo objetiva promover um enfoque do Estatuto de Roma, que instituiu o TPI, de modo a destacar o eventual conflito (antinomia) apontado pela doutrina do dispositivo desse Estatuto que prevê eventual ofensa ao princípio da Reserva Legal pelo aludido diploma normativo. Para a plena compreensão da gênese e princípios do TPI imperioso se faz um retorno aos seus precedentes jurídicos, através do estudo da evolução dos Tribunais Penais Internacionais até a instituição e funcionamento efetivo da Corte Penal Internacional (CPI) – *International Criminal Court (ICC)*. Segue-se uma análise de suas principais características, competência e crimes tipificados pelo Estatuto (genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e agressão). Ato contínuo, será apresentada a já mencionada incompatibilidade em relação ao texto do Estatuto e a Lei Maior. Serão elas: reais ou aparentes? Por fim, conclui-se que a inconstitucionalidade intrínseca advinda da incorporação do Tratado de Roma ao ordenamento jurídico brasileiro, no tocante à ofensa ao princípio da Reserva Legal, é apenas aparente. Até porque os arts. 22, §1º e 23 do Estatuto de Roma, prevêem expressamente o mencionado princípio. Logo, pretende-se

demonstrar que a alegada incompatibilidade, mesmo naqueles aspectos que versem sobre cláusulas pétreas, inexistente, porquanto o texto expresso no Estatuto de Roma do TPI é complementar e se coaduna com o ordenamento constitucional brasileiro.

Palavras-chave: Tribunal Penal Internacional. Estatuto de Roma. Direito Penal Internacional. Reserva Legal. Constituição Federal.

INTRODUÇÃO

O estudo do TPI trilha o mesmo caminho da História da humanidade, estando intrinsecamente aliado às incontáveis violações de direitos humanos por ela sofridos ao longo dessa caminhada.

Com a eclosão da Segunda Guerra Mundial e, sobretudo, por ocasião do seu término, a comunidade internacional saltou etapas e, invertendo a lógica da destruição, começou a repensar a noção de soberania nacional absoluta de outrora para construir um arraigado conceito de soberania, assentado no princípio da dignidade humana, com vistas à reconstrução. Assim, diante desses prenúncios, planta-se a semente para que o ser humano adquira o direito a ter direitos, tornando-se sujeito de direitos e deveres no plano internacional. A partir desse momento haveria o estabelecimento da responsabilidade internacional pessoal.

A princípio a aplicação da responsabilidade penal individual encontrou um óbice na inexistência de órgãos internacionais que aplicassem as normas de Direito Penal em âmbito internacional. A partir daí, a idéia da instituição de uma jurisdição internacional passou a afigurar como um dos temas mais instigantes da humanidade.

A verdade é que naquele momento a instituição de um tribunal permanente que venha a julgar e punir os mais terríveis crimes praticados contra a humanidade e que, desta forma desestimule ações do mesmo tipo por outros criminosos, de modo a atacar as violações frontais aos direitos humanos em termos repressivos (condenando os culpados) e preventivos (inibindo a tentativa de repetição dos crimes cometidos) representava, antes de tudo, um dever para com as vítimas e futuras gerações.

Esse processo, posteriormente a uma longa gestação, culminou com a criação do Estatuto de Roma e estabelecimento do TPI.

O Estatuto de Roma, responsável pela criação do TPI, foi ratificado por mais de 100 Estados (mais precisamente: 120), sendo que esse ato de aceite, realizado em manifestação de sua soberania, gera ao Estado-signatário o compromisso de cooperar com a Corte em seus atos e decisões.

Entretanto, esse comprometimento solenemente estabelecido em alguns pontos do texto normativo do Estatuto de Roma parece se contrapor a disposições previstas no direito interno de alguns Estados-partes – Ou, ainda, pior: Podem surgir eventuais incompatibilidades em relação a valores constitucionalmente consagrados de alguns Estados que aderiram a esse Tratado internacional.

No caso do Brasil, que foi um dos signatários originais do Estatuto do TPI, a situação não foi diferente. Considerando-se que o Brasil possui como um de seus fundamentos a soberania, no Estatuto de Roma constam alguns dispositivos que, em tese, são incongruentes com

relação ao ordenamento constitucional brasileiro. Diante desse impasse surge a problemática: Como proceder frente a esse dilema? Seriam esses dispositivos inconstitucionais e, por isso, não poderiam ser recepcionados pela Constituição Federal ou haveria uma solução a fim de compatibilizá-los com a ordem jurídica brasileira?

Sendo o cerne do tema que se propõe a ser tratado o liame estabelecido entre o Estatuto de Roma do TPI e a Constituição Federal brasileira de 1988, especialmente a eventual ofensa ao princípio da Reserva Legal ante a sua previsão expressa no texto constitucional brasileiro. E sobre essa problemática que se debruçará o estudo a ser desenvolvido no presente artigo científico.

1. A TRAJETÓRIA DA CONCEPÇÃO DE UM TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL: O CAMINHAR DE UMA IDEIA

A ideia de conceber uma jurisdição penal internacional não é recente. A trajetória da concepção de um Tribunal Penal Internacional trilhou um longo caminho. Enfim, foi uma longa gestação até que viesse a gênese do TPI.

1.1 Do surgimento dos Tribunais Militares aos Tribunais *ad hoc* no século XX: A evolução histórica dos Tribunais

São precedentes históricos do TPI:

- a) Tribunal de Leipzig;
- b) Tribunal Militar Internacional de Nuremberg;
- c) Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente;
- d) TPI *ad hoc* para a Bósnia ou extinta Iugoslávia; e,
- e) TPI *ad hoc* para Ruanda.

2. O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

Extirpando-se a prática de tribunais *ad hoc*, vem a lume o Tribunal Penal Internacional. No ano de 2002 surgiu a primeira Corte internacional permanente com jurisdição sobre pessoas acusadas de cometerem graves violações aos direitos humanos: o TPI, criado pelo Estatuto de Roma.^[1]

No ano de 2002, durante a Conferência Diplomática dos Plenipotenciários^[2] das Nações Unidas, o Estatuto de Roma (também conhecido como Tratado de Roma ou, ainda, Convenção de Roma) do Tribunal Penal Internacional foi afinal aprovado por cento e vinte Estados, em 17 de julho de 1998, contra apenas sete votos – China, Estados Unidos, Iêmen, Iraque, Israel, Líbia e Qatar – e vinte e uma abstenções, notadamente a da Índia.^[3]

Nas palavras da ilustre Piovesan (2008, p. 223-224):

Surge o Tribunal Penal Internacional como aparato complementar às cortes nacionais, com o objetivo de assegurar o fim da impunidade para os mais graves crimes internacionais, considerando que, por vezes, na ocorrência de tais crimes, as instituições nacionais se mostram falhas ou omissas na realização da justiça. Afirma-se, desse modo, a responsabilidade primária do Estado com relação ao julgamento de violações de direitos humanos, tendo a comunidade internacional a responsabilidade subsidiária. Vale dizer, a jurisdição do Tribunal

Internacional é adicional e complementar à do Estado, ficando, pois, condicionada à incapacidade ou à omissão do sistema judicial interno. O Estado tem, assim, o dever de exercer sua jurisdição penal contra os responsáveis por crimes internacionais, tendo a comunidade internacional a responsabilidade subsidiária.

Como enuncia o art. 1º do Estatuto de Roma, a jurisdição do Tribunal é adicional e complementar à do Estado, ficando condicionada à incapacidade ou à omissão do sistema judicial interno.

Dessa forma, o Estatuto busca equacionar a garantia do direito à justiça, o fim da impunidade e a soberania do Estado, à luz do princípio da complementaridade e do princípio da cooperação.

A Corte Penal Internacional (CPI), também conhecida como Tribunal Penal Internacional (TPI) – *International Criminal Court (ICC)* –, instituição dotada de personalidade jurídica própria, passou a existir juridicamente a partir da data de 1º de julho de 2002 – quatro anos depois da adoção do Estatuto de Roma, que previu a sua criação –, mas seu funcionamento efetivo apenas iniciara em maio de 2003.

Segundo o Estatuto de Roma, o Tribunal Penal Internacional é uma pessoa jurídica de Direito Internacional com capacidade necessária para o desempenho de suas funções e de seus objetivos. O Tribunal poderá exercer os seus poderes e funções nos termos do seu Estatuto, no

território de qualquer Estado parte e, por acordo especial, no território de qualquer outro Estado (art. 4º, §§ 1º e 2º).[4]

O TPI trata-se da primeira instituição global **permanente, universal e imparcial** de justiça penal da História da humanidade, dotada de princípios previamente definidos, em contraponto aos tribunais *ad hoc* que o precederam, instituída para investigar, processar e julgar os acusados pela prática de crimes que desafiam a imaginação, violam a ordem internacional como um todo e que ultrajam profundamente a consciência da humanidade, a exemplo do genocídio, dos crimes contra a humanidade, dos crimes de guerra e do crime de agressão.

2.2 Características

2.2.1. Competência Material

A competência material do TPI, em conformidade com o Estatuto, se destina a julgar com caráter permanente e independente os crimes mais graves, de caráter internacional. Tais crimes são imprescritíveis e podem ser catalogados em quatro categorias, senão vejamos:

- a) Crimes de genocídio;
- b) Crimes contra a humanidade;
- c) Crimes de guerra; e,
- d) Crimes de agressão.

O art. 5º do Estatuto de Roma contém um rol com a tipificação dos delitos sujeitos à jurisdição do Tribunal. Assim, compete ao TPI o inquérito, processo e julgamento dos mencionados crimes internacionais. Contudo, há que se evidenciar desde já que se foram tipificados pelo TPI são esses crimes atrocidades que desafiam a

imaginação, violam a ordem internacional como um todo e que ultrajam profundamente a consciência da humanidade.

2.2.2 Competência Temporal

Estabelecida no art. 11 do Estatuto, a jurisdição do TPI se atém ao julgamento dos crimes de sua competência cometidos depois da sua entrada em vigor internacional, que corresponde a 1º de julho de 2002, quando 60 países ratificaram o Estatuto, salvo se o Estado-parte consentir que a jurisdição do TPI retroaja, o que é confirmado pelo § 2º do mesmo dispositivo do Estatuto.

Ainda assim, nos termos do art. 11, § 2º do Estatuto de Roma, caso um Estado se torne parte do Estatuto depois da sua entrada em vigor, o Tribunal somente poderá exercer sua competência para o processo e julgamento dos crimes cometidos depois da entrada em vigor do Estatuto nesse Estado, a menos que este tenha feito uma declaração específica em sentido contrário, nos termos do § 3º do art. 12 do mesmo Estatuto. [5]

A imputação de julgamento a crimes praticados anteriormente ao advento desse lapso temporal, qual seja, da entrada em vigor do Estatuto de Roma configura flagrante violação ao princípio de direito penal *nullum crime nulla poena sine legen praevia*. [6]

2.2.3 Competência Territorial

Consoante o disposto no art. 12 do Estatuto de Roma, o TPI possui competência para julgar os atos delituosos ocorridos no território dos Estados signatários, independente da nacionalidade do agente.

O Tribunal será, igualmente, competente sempre que houver imputação de qualquer um dos crimes capitulados no art. 5º do Estatuto a nacional de um Estado-membro.

Ademais, observar-se-á tal competência nos casos de crimes cometidos a bordo de navio ou aeronave, ocasião na qual será verificada a bandeira da embarcação ou aeronave.

Por derradeiro, o TPI estará legitimado a exercer sua jurisdição mediante o recebimento pela Promotoria da *notitia criminis*, seja de um Estado, seja do Conselho de Segurança das Nações Unidas, nos termos do art. 13 do Estatuto. Ou, ainda, poderá o Promotor agir de *per se* nesse intento, conforme completado pelo dispositivo anterior.

2.2.4 Competência com relação à pessoa

Contrariamente à Corte Internacional de Justiça (órgão judicial da ONU), cuja competência se destina ao julgamento dos Estados, o TPI ou CPI é competente para o objetivo precípua de julgar pessoas naturais (art. 25, § 1º) – e não jurídicas –, responsabilizando-as individualmente por seus atos. Eis o traço distintivo entre ambas as Cortes que, sem embargo de que possam possuir semelhança nos nomes (é de fundamental importância não confundir TPI ou Corte Penal Internacional com Corte Internacional de Justiça), bem como ambas sejam sediadas em Haia, na Holanda^[7], diferenciam-se na essência por sua finalidade.

Nos termos do art. 26 do Estatuto, a idade mínima para que um indivíduo possa responder pelos crimes de competência do TPI é de 18

anos na data da prática do crime. Assim, com essa idade (18 anos), adquire-se a imputabilidade penal perante o TPI.

Oportuno mencionar que a acusação somente poderá proceder caso o crime tenha sido praticado na modalidade dolosa, pois a culpa é excluída do âmbito de competência do TPI, consoante prescreve o art. 30 do Estatuto.

Igualmente, não há previsão explícita de punibilidade da tentativa, em nenhum dos crimes definidos no Estatuto. Mas ela pode decorrer dos princípios gerais de direito invocados no art. 21, § 1, c.[\[8\]](#)

2.3 Princípios regentes

Como não poderia ser diferente, a atuação do TPI se encontra vinculada à observância de princípios fundamentais, a saber:

2.3.1 Princípio da Complementaridade (ou Subsidiariedade):

Expresso no preâmbulo, no art. 1º e mais especificamente no art. 17 do Estatuto, prescreve que a jurisdição do TPI, contrariamente a dos tribunais *ad hoc* que são concorrentes e têm primazia sobre as Cortes nacionais[\[9\]](#), deve ser complementar (não antecedendo nem se sobrepondo à jurisdição nacional) à jurisdição penal dos Estados.

Considerando-se que o Estado possui responsabilidade primária e a comunidade internacional possui responsabilidade subsidiária, a jurisdição do TPI terá caráter excepcional, isto é, somente poderá ser exercida quando o Estado que originariamente possui jurisdição direta sobre determinado caso demonstrar:

∅ **Omissão:** O Estado ficou-se inerte, por ausência de disposição política ou falência estrutural dele próprio, em processar e

punir devidamente os responsáveis pelos crimes apontados no Estatuto de Roma; ou,

Ø **Manifesta incapacidade:** O Estado promoveu o inquérito ou a ação penal, contudo agiu de modo insatisfatório, demonstrando inequivocadamente que o fez com a intenção deliberada ou de proteger o acusado, subtraindo-lhe a justiça, ou buscou aparentar seriedade à investigação ou ao processo criminal, subtraindo-lhe a sanção. Trata-se da chamada “paralisa consciente do Estado” em responsabilizar penalmente os suspeitos dos crimes capitulados no art. 5º do Estatuto.

Eis os requisitos de admissibilidade para o exercício da jurisdição internacional. Superada a condicionante do prévio esgotamento dos procedimentos internos – falência das instituições nacionais –, uma vez verificada a realização de uma das condutas elencadas no art. 5º do Estatuto, justifica-se a aplicação da competência do TPI. Neste sentido, a jurisdição do TPI se afigura complementar à jurisdição dos Estados, sendo que só emerge quando verificados os requisitos para que o TPI adquira competência para proceder a persecução penal. Sendo assim, a jurisdição do TPI não antecede nem se sobrepõe à jurisdição interna dos Estados, simplesmente a complementa.

2.3.2 Princípio da Responsabilidade Penal Individual

Segundo dita este princípio, previsto no art. 25 do Estatuto, o indivíduo que incorre na prática do tipo penal incriminado pelo Estatuto deverá ser responsabilizado pessoalmente pela conduta perpetrada, o que não obsta a responsabilidade estatal pelo(s) crime(s) ocorrido(s) em seu território.

2.3.3 Princípio da Irrelevância da Função Social

Realçando o princípio constitucional da Isonomia ou Igualdade (art. 5º, *caput*, da CF/88), permite que inclusive os chefes de Estado ou de Governo, ministros, parlamentares e outras autoridades sejam responsabilizados criminalmente pela prática de quaisquer das condutas discriminadas no Estatuto de Roma, sem qualquer privilégio ou imunidade.

Corroborando com o argumento alhures, leciona Piovesan (2008, p. 225):

De acordo com o art. 27, aplica-se o Estatuto igualmente a todas as pessoas, sem distinção alguma baseada em cargo oficial. Isto é, o cargo oficial de uma pessoa, seja ela Chefe de Estado ou Chefe de Governo, não eximirá de forma alguma sua responsabilidade penal, tampouco importará em redução da pena.

2.3.4 Princípio da Responsabilidade dos Comandantes e outros Superiores

Exige que todos os comandantes militares, ainda que não estejam fisicamente presentes no local do crime, despendam de todos os meios ao seu alcance a fim de elidir a prática criminosa, sob pena de lhe ser imputada a responsabilidade conjunta pela conduta de seus subordinados.

2.3.5 Princípio da Imprescritibilidade

Conquanto ninguém possa ser julgado por delitos praticados antes da entrada em vigor do Tratado de Roma, por este princípio a ação criminosa tipificada no art. 29 do Estatuto não se sujeitará jamais ao decurso do tempo para ter extinta a sua punibilidade, eis que tamanha a ofensa ao bem jurídico tutelado lapso temporal algum seria capaz de apagar a mácula trazida pela conduta incriminada.

2.3.6 Princípio da Cooperação

Consagrado no art. 86 do Estatuto, segundo o qual os Estados-partes deverão cooperar plenamente com o Tribunal na investigação e julgamento dos crimes de competência deste, bem como assegurar-se de que seu Direito Interno preveja procedimentos aplicáveis a todas as formas de cooperação especificadas no Estatuto.

2.4 Penas aplicáveis

O Estatuto não definiu uma pena específica para cada tipo penal, cabendo aos magistrados do TPI, com sua discricionariedade, determinarem a dosimetria das penas, conforme as peculiaridades do caso concreto, observado o limite de 30 anos de reclusão.

Desta forma, em seu art. 77 o Estatuto previu as penas aplicáveis aos réus julgados pelo TPI, sendo elas as seguintes:

- a) pena de até 30 anos de prisão;
- b) pena de prisão perpétua;
- c) pena de multa; e,
- d) confisco dos proventos, sejam eles auferidos direta ou indiretamente do crime, preservando-se os direitos de terceiro de boa-fé.

2.5 Procedimento

Conforme os ensinamentos da ilustre jurista Piovesan (2008, p.224):

O exercício da jurisdição internacional pode ser exercido mediante denúncia de um Estado-parte ou do Conselho de Segurança à Promotoria, a fim de que esta investigue o crime, propondo a ação penal cabível, nos termos dos arts. 13 e 14 do Estatuto. Pode ainda a própria Promotoria agir de ofício, nos termos dos arts. 13 e 15. Em todas as hipóteses, o exercício da jurisdição é condicionado à adesão do Estado ao tratado, ou seja, é necessário que o Estado reconheça expressamente a jurisdição internacional. Note-se que a ratificação do tratado não comporta reservas, devendo o Estado ratificá-lo na íntegra e sem ressalvas (art. 120).

Logo, a jurisdição do TPI pode ser exercida de três formas distintas, senão vejamos:

- 1) Pela solicitação de investigação feita por um Estado-parte do Estatuto.

Essa denúncia, que deve ser acompanhada de elementos factuais que a substanciem, dá início a investigações, conforme o procedimento adotado pelo Tribunal;[\[10\]](#)

- 2) Por intervenção do Conselho de Segurança das Nações Unidas, autorizado pelo Capítulo VII da Carta (rupturas e ameaças à paz e

segurança internacionais), apontando situações criminosas, independentemente de o Estado fazer ou não parte do TPI;

3) Por iniciativa da Promotoria, que recebe a *notitia criminis*, das mais variadas fontes, e age de ofício (art. 15 do Estatuto);

4) Por iniciativa autônoma do promotor se subordina ao “exame da Câmara de Questões Preliminares, que deve confirmar a existência de base adequada para dar prosseguimento às investigações”.^[11]

3. O INGRESSO DO TPI NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

3.1 A ratificação

O Estatuto de Roma que cria o Tribunal Penal Internacional foi aprovado em 17.07.1998. O Brasil assinou o aludido estatuto em 07.02.2000 e o Congresso Nacional o aprovou, por meio do Decreto Legislativo n. 112, em 06.06.2002, tendo sido promulgado em 26.09.2002, pelo Decreto presidencial n. 4.388. A *carta de ratificação* fora depositada em 20.06.2002, entrando em vigor em 1º.07.2002. Para o Brasil, internacionalmente, nos termos de seu art. 126, passou a vigorar em 1º de setembro de 2002.^[12]

A partir desse momento o Brasil, que foi um dos signatários originais do Estatuto, passa a fazer parte da jurisdição do TPI, em cumprimento ao disposto no art. 7º do ADCT.

3.2 Hierarquia normativa

Por se tratar de tratado internacional de direitos humanos ratificado anteriormente à previsão de *quorum* qualificado previsto no art. 5º, § 3º, da CF/88 (*quorum* de três quintos em dupla votação nas duas Casas legislativas), o Estatuto de Roma integrou-se ao Direito

brasileiro com hierarquia infraconstitucional, mas *status* supralegal (situando-se em grau superior às leis ordinárias, porém em grau inferior à Constituição). Logo, situa-se no patamar inferior à Constituição, todavia superior a toda a legislação infraconstitucional, possuindo, assim, *status* normativo supralegal.

4. AS INCOMPATIBILIDADES ENTRE O ESTATUTO DE ROMA DO TPI E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA DE 1988

Em um ato típico de soberania o Brasil ratificou ao Estatuto de Roma, responsável por instituir o TPI. A partir da assinatura do instrumento de ratificação, o Estado brasileiro tornou-se signatário do Estatuto, obrigando-se a “cooperar plenamente com o Tribunal no inquérito e no procedimento contra crimes de competência deste”^[13], em respeito ao princípio da Cooperação.

Haja vista que, consoante o disposto no art. 120 do Estatuto de Roma, a ratificação deste não admite reservas (logo, não é possível a um Estado ratificar ao Tratado em parte, porquanto a sua assinatura importa em torná-lo signatário do instrumento em sua integralidade, em todos os seus termos, e não de uma parte ou outra dele), alguns constitucionalistas propugnam por possíveis inconstitucionalidades do TPI em relação à Constituição Federal Brasileira de 1988.

Essa situação é denominada no direito dos tratados de *inconstitucionalidade intrínseca* dos tratados internacionais. Esta tem lugar quando o tratado, apesar de formalmente ter respeitado todo o procedimento constitucional de conclusão estabelecido pelo direito interno, contém normas violadoras de dispositivos constitucionais.^[14]

A qual não pode ser confundida “com a inconstitucionalidade chamada extrínseca (ou formal), também conhecida por *ratificação imperfeita*, que ocorre quando o Presidente da República violando norma constitucional de fundamental importância para celebrar tratados, ratifica o acordo sem assentimento prévio do Congresso Nacional”^[15]. O que não foi o caso do TPI, cuja ratificação ocorreu em consonância com o procedimento constitucionalmente previsto para a celebração de tratados (arts. 49, inciso I e 84, inciso VIII, ambos da CF/88).

A existência de uma inconstitucionalidade intrínseca (normas incompatíveis com a Lei Maior) é tendente a ensejar eventuais antinomias^[16]. Isto posto, muito se discute acerca de eventuais incompatibilidades entre o referido Estatuto e a Constituição Federal brasileira, vez que em muitos pontos aquele parece colidir com determinados preceitos constitucionais. Desta feita, seria o caso de *inconstitucionalidade intrínseca* do Estatuto de Roma em relação ao ordenamento constitucional brasileiro?

Considerando-se que a República Federativa do Brasil tem como um de seus fundamentos a soberania (art. 1º, inciso I da CF/88), argumenta-se assim a pretensa antinomia (diga-se: aparente)^[17] de alguns dispositivos do Estatuto de Roma em relação a valores constitucionalmente consagrados. Para efeitos da presente abordagem: a ofensa ao princípio da Reserva Legal.

4.1 Ofensa à Reserva Legal

Uma antinomia exarada entre a Constituição Federal em relação ao Estatuto de Roma diz respeito à reserva legal.

Sob a alegação de que em Direito Penal deve-se obediência ao princípio da reserva legal, ou seja, somente lei (em sentido estrito) pode prever crimes e cominar penas, há quem aponte incompatibilidade do Estatuto de Roma com a Constituição brasileira.[\[18\]](#)

Para Greco (2011, p. 94):

É o princípio da Legalidade, sem dúvida alguma, o mais importante do Direito Penal. Conforme se extrai do art. 1º da CF, bem como do inciso XXXIX, do art. 5º da CF não se fala na existência de crime se não houver uma lei definindo-o como tal. A lei é a única fonte do Direito Penal quando quer proibir ou impor condutas sob a ameaça de sanção. Tudo o que não for expressamente proibido é lícito em Direito Penal.

Na concepção de Nucci (2011, p.100), legalidade:

Quanto ao sentido estrito (ou penal), quer dizer que não há crime sem lei que o defina, nem tampouco pena sem lei que a comine. Neste último enfoque é também conhecido como reserva legal, ou seja, os tipos penais incriminadores somente podem ser criados por lei em sentido estrito, emanada do Poder Legislativo, de acordo com o processo previsto na Constituição Federal.

Já do ponto de vista do doutrinador Bitencourt (2008, p. 11):

O princípio da legalidade ou da reserva legal constitui uma efetiva limitação ao poder punitivo estatal. [...] Em termos bem esquemáticos, pode-se dizer que, pelo princípio da legalidade, a elaboração de normas incriminadoras é função exclusiva da lei, isto é, nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada sem que antes da ocorrência desse fato exista uma lei definindo-o como crime e cominando-lhe a sanção correspondente. A lei deve definir com precisão e de forma cristalina a conduta proibida.

Nesta esteira, o princípio da Reserva Legal traz em seu bojo o respeito a dois outros princípios, senão vejamos: *nullum crimen sine lege* e *nulla poena sine previa lege* (o que quer significar: Não há crime sem lei anterior que o defina nem existe pena sem lei que previamente a comine, respectivamente).

De modo a dissipar quaisquer entendimentos que vislumbrem conflitos entre o Estatuto de Roma e a Constituição brasileira, os arts. 22, §1º[19] e 23[20] do Estatuto de Roma prevêm expressamente esses princípios.

Ademais, a fim de dirimir outra crítica ferrenha que sobre ele recaía, em meados de 2010 foi finalmente definido o crime de Agressão, tornando ainda mais latente a observância do primado da lei pelo Estatuto de Roma.[21]

Destarte, não há que se falar em incompatibilidades entre o estatuto de Roma do TPI e a Constituição Federal, dada a observância rigorosa insculpida no bojo daquele, acatando, assim, ao preceito constitucionalmente resguardado da reserva legal.

CONCLUSÃO

A jurisdição penal internacional trilhou um longo caminho até que viesse a lume o TPI.

Várias foram as tentativas engendradas nesse sentido até que houvesse o estabelecimento efetivo da primeira Corte de Justiça Penal Internacional permanente, independente e imparcial.

Em pouco mais de uma década de existência o TPI se tornou um importante mecanismo de garantia contra as violações de direitos humanos.

Ao TPI ainda resta muito a fazer, bem como – e sobretudo – inúmeras resistências a romper, conforme adiante esclarecido.

A primeira delas diz respeito à soberania dos Estados-membros. Aliás, essa é a principal razão para a recusa por parte dos Estados em ratificar ao Estatuto de Roma. De fato, reconhecer suas limitações, de modo a abrir mão de parte de sua soberania, é algo de sobremaneira comprometedor para um Estado soberano, o que tem feito com que muitos Estados não reconheçam o TPI (Os Estados Unidos, por exemplo, já declararam abertamente que não pretendem fazer parte do TPI).

No caso do Brasil, embora seja signatário do Tratado de Roma, muitos pontuam que a ratificação do referido Estatuto estaria a desrespeitar um dos fundamentos que alicerçam a Constituição Federal

Brasileira, qual seja, a soberania nacional (art. 1º, inciso I, da CF/88[22]) quando, por exemplo, prevê eventual ofensa ao princípio da Reserva Legal, preceito esse resguardado pelo texto constitucional brasileiro (art. 5º, XXXIX, da CF/88).

O respeitado doutrinador André Ramos Tavares salienta que essas incongruências são insanáveis, posto que não se pode mudar a Constituição Federal nesses aspectos, por conta das chamadas cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, da CF/88).

Por sua vez, uma parcela significativa da doutrina, formada por nomes de peso (Flávia Piovesan, Valério de Oliveira Mazzuoli e Luiz Flávio Gomes) defende que se trata de um conflito de normas (antinomia) apenas aparente, vez que os critérios para solucioná-lo são normas integrantes do ordenamento jurídico, pelos motivos delineados nos parágrafos seguintes.

Como com propriedade se posiciona Steiner (PRR-3, 2009):

Os dois sistemas - o nacional e o do TPI - não se misturam, não se confundem, não interferem um com o outro. Portanto, não vejo como possível alegar-se incompatibilidade entre sistemas que não se tocam, que são paralelos.

Em que pese a possível antinomia que pode surgir em um primeiro momento, uma análise hermenêutica pormenorizada do assunto conclui ser cediço que o conflito de normas é apenas aparente.

Chayes (1995 *apud* PIOVESAN, 2000) entende:

[...] que a soberania não pode mais consistir na liberdade dos Estados de atuarem independentemente e de forma isolada à luz do seu interesse específico e próprio. A soberania hoje consiste, sim, numa cooperação internacional em prol de finalidades comuns. Um novo conceito de soberania, diz o autor, aponta a existência de um Estado não isolado, mas membro da comunidade e do sistema internacional. Os Estados, conclui, expressam e realizam a sua soberania, participando da comunidade internacional, ou seja, participar do sistema internacional é sobretudo um ato de soberania por excelência. Prenuncia-se, desse modo, o fim da era em que a forma pela qual o Estado tratava os seus nacionais era concebida como um problema de jurisdição doméstica decorrente da sua soberania. Nesse contexto, pode-se afirmar que uma das principais preocupações desse movimento de internacionalização dos direitos humanos é justamente convertê-los em tema de legítimo interesse da comunidade internacional.

Com relação à soberania, mostra-se acertada a afirmação do doutrinador Mazzuoli (2011, p. 973/974), para quem:

Não existe restrição ou diminuição da soberania para os países que já aderiram, ou aos que ainda irão aderir, ao Estatuto de Roma. Ao contrário: na medida em que um Estado ratifica uma convenção multilateral como esta, que visa trazer um bem estar que a sociedade internacional reivindica há anos, ele não está fazendo mais do que, efetivamente, praticando um ato de soberania, e o faz de acordo com a sua Constituição, que prevê a participação dos poderes Executivo e Legislativo (no caso brasileiro: CF, arts. 84, inc. VIII e 49, inc. I, respectivamente) no processo de celebração de tratados internacionais.

Neste sentido esse monitoramento realizado pelo TPI, mediante o consentimento prévio do Estado que a ele se submeteu por intermédio da ratificação, não configura uma intromissão indevida no exercício da soberania desse mesmo Estado soberano. Afinal, a jurisdição do TPI é complementar, se coaduna com a jurisdição doméstica, conforme amplamente enfatizado ao longo deste artigo.

É sob esse enfoque que deve ser compreendido o TPI. Consoante preceitua Piovesan (2000), “o Tribunal Internacional Penal surge como um aparato complementar à jurisdição penal nacional. O Estatuto de Roma reitera a idéia de que o Estado tem a responsabilidade primária, o dever jurídico de emprestar a sua jurisdição. No entanto, se isso não ocorrer, a responsabilidade subsidiária é da comunidade internacional,”

acionável quando as instituições nacionais mostrarem-se falhas ou omissas na proteção dos direitos humanos.

A mesma Piovesan (2003, p.151) continua:

A jurisdição do Tribunal é adicional e complementar à do Estado, ficando condicionada à incapacidade ou à omissão do sistema judicial interno. O Estado tem o dever de exercer sua jurisdição penal contra os responsáveis por crimes internacionais, tendo a comunidade internacional a responsabilidade subsidiária. [...] A jurisdição do Tribunal Penal Internacional não substitui a jurisdição local, mas é a ela complementar e subsidiária.

E, por fim, conclui (Ibid., p. 151/152) que:

O reconhecimento da jurisdição do Tribunal Penal Internacional, em si mesmo, é ato de soberania do Estado brasileiro, não cabendo ao Estado, *a posteriori*, valer-se desta mesma soberania para afastar a jurisdição Internacional.

No mesmo sentido são as lições de Mazzuoli (2005, p. 55):

Sua jurisdição, obviamente, incidirá apenas em casos raros, quando as medidas internas dos países se mostrarem insuficientes ou omissas no que respeita ao processo e julgamento dos acusados,

bem como quando desrespeitarem as legislações penal e processual internas.

Destarte, a jurisdição do Tribunal Penal Internacional terá caráter excepcional, sendo que somente será cabível a aplicação desse Estatuto quando o Estado se mostrar manifestamente falho, omissos, incapaz de responder às violações de direitos humanos.

Outrossim, uma violação aos direitos humanos não se trata apenas de uma afronta a direito fundamental tutelado na órbita dos limites territoriais de um determinado País, mas de toda a humanidade em conjunto, independentemente de estarem positivados ou não no ordenamento jurídico de uma determinada Nação. Nesta toada, a tutela dos direitos humanos não se restringe ao campo de atuação de um determinado Estado, por tratar de direito inerente aos seres humanos, cuida-se de matéria cuja competência recai sobre um âmbito global (campo de atuação de cada Estado competente para punir a violação perpetrada) e, subsidiariamente, o juízo internacional (TPI), sendo que a competência deste último somente será trazida à voga ante a falha, omissão ou incapacidade daquele de responder às violações de direitos humanos, por força do princípio da Complementaridade, sem que essa intromissão fira a soberania do Estado no qual se deu o desrespeito aos direitos humanos, quer do Estado cujo perpetrador seja nacional. Por isso, não há que se falar em incompatibilidades entre o quanto disposto no Estatuto de Roma e a Constituição Federal Brasileira, pelo contrário, ambas as normas se complementam na busca incessante pelo bem

comum, qual seja, a proteção dos direitos humanos em escala planetária tendente a preservar a paz mundial.

Até porque o TPI é um tribunal de última instância, cuja atuação somente estará legitimada em caso de inação (omissão ou incapacidade) dos Estados. Assim, trata-se de situações excepcionais, nas quais o Estado não atuou porque não quis ou não pôde atuar a contento. Portanto, não há que se falar em perda da soberania, já que a competência primária para o exercício da jurisdição pertence ao Estado, apenas diante da falha ou omissão dele que será acionada a competência subsidiária do TPI às jurisdições nacionais.

Por derradeiro, a ratificação do Estatuto do Tribunal Penal Internacional pelo Brasil é absolutamente compatível e consonante com a ordem constitucional brasileira, “não havendo como argumentar que esse Tribunal seria uma intervenção indevida no exercício da soberania nacional”^[23], vez que nele há a conjugação da ordem interna e da ordem internacional, à luz do princípio da prevalência dos direitos humanos, mediante providências tendentes a punir e retirar do convívio coletivo mundial, não apenas criminosos genocidas ou ditadores, mas também os responsáveis pela prática de crimes internacionais, em relação aos quais não se admite esquecimento.

REFERÊNCIAS

BIBLIOGRAFIA

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. 13. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 13.ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 13.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal: Parte Geral e Parte Especial*. 7.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional Descomplicado*. 2^a.ed. rev. atual. São Paulo: Método, 2008.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 9.ed. rev. ampl. e atual.. São Paulo: Saraiva, 2008.

OBRAS CONSULTADAS ONLINE

Entrevista: Sylvia Steiner – Juíza do Tribunal Penal Internacional. In: *PRR-3*. Disponível em: <<http://www.prr3.mpf.gov.br/content/view/249/111/>>, Acesso em: 25 dez. 2012.

GOMES, Luiz Flávio. *As aparentes antinomias entre O TPI (Tribunal Penal Internacional) e a CF/88*. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/artigo/20070529180222887_as-aparentes-antinomias-entre-o-tpi-tribunal-penal-internacional-e-a-cf-88.html>. Acesso em: 16 dez. 2012.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. O Tribunal Penal Internacional: integração ao direito brasileiro e sua importância para a justiça penal internacional. In: *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos: divisão jurídica*, Centro de Pós-graduação, Faculdade de Direito de Bauru, n. 43, maio/ago. 2005. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/dpj/cji/bitstream/26501/1546/1/Tribunal%20Penal%20Internacional.pdf>>. Acesso em: 26 out. 2012.

MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. O Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira. *O que é o Tribunal Penal Internacional*. Brasília: Cartilha Organizada pela Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados: Gráfica Oficial, 2000. 34 p. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/cartilhas/dh/tpi/cartilha_tpi.htm#A%20PENADE%20PRIS%C3%83O>. Acesso em: 09 de jan. 2013.

PIOVESAN, Flávia. Princípio da Complementaridade e Soberania. In: *Revista CEJ*, América do Norte, v. 4, n. 11, mai./ago. 2000. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/tpi/textos/tpi_piovesan.html>. Acesso em: 20 out. 2012.

SABÓIA, Gilberto Vergne. Conferência - A criação do Tribunal Penal Internacional. In: *Revista CEJ*. v. 4 n. 11 mai./ago. 2000. Disponível em:

<<http://www.ufsm.br/revistadireito/eds/v5n3/A4.pdf>>. Acesso em: 30 set. 2012.

LEGISLAÇÃO

BRASIL. Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm#adct>. Acesso em: 27 jan. 2013.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 16 abr. 2015, 14:35.

BRASIL, Decreto n.º 4.388, de 25 set. 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm>.

Acesso em: 30 abr. 2015.

NOTAS:

[1] PAULO; ALEXANDRINO, 2008, p. 105.

[2] O termo “plenipotenciário” significa uma autoridade, seja ela o Ministro das Relações Exteriores ou outra pessoa por ele indicada, com anuência do Presidente da República e com Carta de Plenos Poderes (por isso, plenipotenciário), que tem o poder de assinar um tratado em nome de seu país. Enfim, plenipotenciários são os chefes das Relações Diplomáticas de um determinado Estado.

[3] COMPARATO, 2010, p.461.

[4] MAZZUOLI, 2005, p. 55.

[5] MAZZUOLI, 2005, p. 54.

[6] Amplamente consagrado como princípio da Reserva Legal (ou, simplesmente, princípio da Legalidade), determina que não há crime sem lei anterior que o defina nem pena sem prévia cominação legal.

[7] Nos termos do art. 3º, § 1º do Estatuto, o Tribunal tem sede em Haia, Países Baixos (“o Estado anfitrião”), podendo funcionar em outro local sempre que se entender conveniente. (LENZA, 2008, p.704).

[8] COMPARATO, 2010, p. 467.

[9] SABÓIA, 2000.

[10] SABÓIA, 2000.

[11] SABÓIA, 2000.

[12] LENZA, 2008, p. 704.

[13] LENZA, 2008, p. 705.

[14] MAZZUOLI, 2011, p. 964.

[15] MAZZUOLI, loc. cit.

[16] *Antinomia jurídica* é definida como “a oposição que ocorre entre duas normas contraditórias (total ou parcialmente), emanadas de autoridades competentes num mesmo âmbito normativo, que colocam o sujeito numa posição insustentável pela ausência ou inconsistência de critérios aptos a permitir-lhe uma saída nos quadros de um ordenamento dado.” (FERRAZ JÚNIOR, 2008, p. 179).

[17] “As antinomias podem ser classificadas em reais ou aparentes. “A antinomia *real* é definida como aquela em que [...] a posição do sujeito é insustentável porque não há *critérios* para a sua solução, ou porque entre os critérios existentes há conflito, e é *aparente* em caso contrário”. (FERRAZ JÚNIOR, 2008, p. 180). Sendo assim, as antinomias reais são

aquelas insolúveis, enquanto as aparentes são solúveis, para as quais os critérios para solução estão no próprio ordenamento.

[18] GOMES, Luiz Flávio, op. cit.

[19] Artigo 22

Nullum crimen sine lege

1. Nenhuma pessoa será considerada criminalmente responsável, nos termos do presente Estatuto, a menos que a sua conduta constitua, no momento em que tiver lugar, um crime da competência do Tribunal.

[20] Artigo 23

Nulla poena sine lege

Qualquer pessoa condenada pelo Tribunal só poderá ser punida em conformidade com as disposições do presente Estatuto.

[21] Expresso no art. 5º do Estatuto do TPI, após despertar inúmeras divergências no cenário jurídico internacional, em razão da pendência de definição do delito, o que, com fulcro no princípio da taxatividade das normas penais, segundo a doutrina, retirava-lhe a aplicabilidade (tendo sido ele previsto originariamente de direito, mas não de fato), o crime de agressão foi finalmente definido na Conferência de revisão do tratado, realizada em Kampala, Uganda, entre 31 de maio e 11 de junho de 2010.

[22] Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

[23] PIOVESAN, 2000.

Conforme a NBR 6023:2000 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico publicado em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma: MARTINS, Rosemary Gonçalves. *A (in)compatibilidade na ofensa ao princípio da reserva legal, prevista no tratado de Roma do TPI, diante da Constituição da República Federativa do Brasil*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 21 maio 2015. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.53477>>. Acesso em: 23 maio 2015.

DIREITO PENAL DO INIMIGO

PRISCILA JENIER VELOSO: Advogada, Especialista em Direito e Jurisdição pela Escola da Magistratura do Espírito Santo, em Direito Público pela Universidade do Sul de Sana Catarina - UNISUL.

Restaurado por Günther Jakobs em 1985, o Direito Penal do inimigo é a vertente do direito penal máximo^[1] que tem como missão o combate de tipos determinados de criminalidade através adoção de políticas públicas voltadas para a de antevisão do crime, supressão de garantias e endurecimento de penas^[2] e leis.

Inobstante Jakobs ser o responsável pela restauração da teoria, o Direito Penal bélico tem origem remota, na filosofia de Protágoras, São Tomás de Aquino, John Locke, Thomas Hobbes e Kant. Segundo Rogério Greco, até Adolf Hitler utilizou a teoria para justificar a morte de judeus nos campos de concentração nazistas. Na obra *“Edmund Mezger e o Direito Penal do seu Tempo”*, Francisco Muñoz Conde pesquisou sobre a existência de um nefasto projeto dirigido ao inimigo, que incluía desde prisão perpétua e esterilização de pessoas consideradas associadas à castração de homossexuais.

Contraponto do garantismo, o direito penal bélico faz parte do direito penal de *terceira velocidade*. Segundo a doutrina, Direito penal de primeira velocidade se caracteriza pelo cárcere com as garantias plenamente respeitadas, da forma como ocorre no direito penal tradicional, atendidos os princípios constitucionais, penais e processuais. O Direito penal de segunda velocidade, por sua vez, tem como

característica a adoção de penas alternativas (penas restritivas de direitos e penas pecuniárias), com a sucessiva flexibilização de garantias (a exemplo da transação penal da Lei n. 9099/95^[3]). Por fim, direito penal de terceira velocidade – integrado pelo direito penal bélico, que possui traços de modalidade híbrida: mantém o cárcere presente na primeira velocidade, porém suprime as garantias da segunda velocidade. Em outros termos, o direito penal do inimigo condensa a severidade da primeira e segunda velocidade em uma terceira categoria.

O conceito de inimigo contrapõe-se ao de cidadão. Este faz jus a penas restritivas de direito, garantias no cumprimento da pena, entre outros. Aquele é tido como irrecuperável e perde seu caráter de pessoa. O direito penal do inimigo é a materialização no mundo jurídico da perda da fé em determinados tipos de seres humanos.

E quem é esse inimigo? Certamente se encontra no lado oposto de quem está no poder, pois o conceito de inimigo é demasiado vago e fluído, permitindo que varie de acordo com a ordem vigente e os interesses perquiridos pela gestão dominante. Na sociedade acidental atual os inimigos são os marginalizados, bêbados, prostitutas e demais pessoas que a sociedade, em sua maioria, não gosta de ver e se incomoda com a presença.

A doutrina critica severamente a teoria exumada por Jakobs. Ao descrever os crimes e penas de forma vaga fere de morte o princípio da legalidade. Pune pessoas, idéias e estilos em detrimento da punição de fatos e sem especificação concreta.

Em situações extremas o direito bélico é utilizado como manobra política para conceder uma falsa resposta aos anseios sociais quando crimes de maior gravidade são cometidos, para diminuir a sensação de medo, insegurança jurídica e desamparo. Tiram proveito de uma situação extrema gerada por graves violações de direitos e utilizam o sensacionalismo criado para se promoverem através de um tratamento mais rígido ao delinqüente. O direito penal de emergência, a política do medo teve como sua maior vertente o pós atentado terrorista de 11 de setembro, em que as leis de luta ou de combate suprimiram diversos direitos de imigrantes eleitos os inimigos.

De questionável constitucionalidade, por diversas vezes o direito penal bélico deixa de ser exceção destinada a grupos terroristas, organizações criminosas, traficantes de armas e de seres humanos para virar regra, afastando a subsidiariedade e fragmentariedade do direito penal, indispensáveis em um estado democrático de direito. Se distancia da finalidade retributiva da pena ao punir atos preparatórios como forma de antever e evitar a prática de atos executórios. Flexibiliza o *iter criminis* penalizando crimes formais e de mera conduta, ferindo de morte o princípio da lesividade.

Eugênio Raúl Zaffaroni sabiamente asseverou que:

A admissão jurídica do conceito de inimigo no Direito (que não seja estritamente no contexto de 'guerra') sempre foi lógica e historicamente o primeiro sintoma de destruição autoritária do Estado de Direito[\[4\]](#).

Em assim sendo, não há sentido em repetir os erros do passado e utilizar o direito penal como válvula de propulsora de domínio e subordinação de um grupo sobre outro, respectivamente.

O estado democrático de direito é avesso a punições estereotipadas e aplicação do direito como meio para legitimar uma ditadura penal direcionada para alguns grupos no afã de lhes dar invisibilidade social.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. Salvador: Jus Podivm, 2013.

Greco, Rogerio. **Direito Penal do Inimigo**. <http://www.rogeriogreco.com.br/?p=1029> Acesso em 15 de abril de 2015.

Jakobs, Günter. **Direito Penal do Inimido: Noções e críticas**. Ponto Alegre. Livraria do Advogado, 2007.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Notas sobre a história jurídico social de Pasárgada**. In: SOUTO, Cláudio e FALCÃO, Joaquim (Orgs.); *Sociologia e Direito: textos básicos para a disciplina da sociologia jurídica*. São Paulo: Pioneira, 1999.

Zaffaroni, Raúl. **El Derecho Penal del enemigo**. Dykinson, 2006.

NOTAS:

[1] Corrente doutrinária oposta ao abolicionismo. Defende o direito penal como forma de controle social, o remédio para todos os males.

[2] O regime disciplinar diferenciado é um exemplo de direito penal bélico no sentido do empedernimento da execução da pena.

[3] Por prever pena alternativa algumas garantias são dispensadas na transação penal, são exemplos a presença de advogado e de denúncia.

[4] *El Derecho Penal del enemigo*. Dykinson, 2006.

Conforme a NBR 6023:2000 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico publicado em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma: VELOSO, Priscila Jenier. *Direito Penal do Inimigo*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 21 maio 2015. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.53478>>. Acesso em: 23 maio 2015.

GESTÃO POR COMPETÊNCIAS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: CONCEITO E DESAFIOS

FERNANDA DE CASTRO LUCAS: Bacharel em Direito formada pela PUC/MINAS, Servidora do Ministério Público Estadual de Minas Gerais, Especialista em Direito Processual pelo Instituto de Educação Continuada da PUC/MINAS, em Direito Público pela ANAMAGES e em Gestão de Pessoas pela UCAM Prominas.

RESUMO: O presente artigo visa à reflexão do atual tema de Gestão por Competências no âmbito da Administração Pública, sobretudo no que se refere à análise crítica dos obstáculos e desafios na implementação do modelo na esfera pública, diante da cultura organizacional arraigada e o direito à estabilidade. Trata-se de um tema recente para o setor público, decorrente, principalmente, da publicação do Decreto Federal nº 5.707/2006, que inovou a Política Nacional de Desenvolvimento de Pessoal da Administração Pública Federal. A metodologia adotada foi o estudo de obras de autores conceituados no ramo, através de uma revisão bibliográfica, que buscou a apresentação de conceitos primordiais para o embasamento do tema, com caráter qualitativo. Concluiu-se que a Gestão por Competências é um modelo de gestão estratégica fundamental para que as instituições identifiquem as competências organizacionais que permitam o alcance dos seus objetivos, apesar de todos os entraves presentes na esfera pública.

Palavras-chave: Gestão por Competências. Conceito. Administração Pública. Desafios.

Introdução

O modelo tradicional de Gestão de Recursos Humanos atravessa uma fase de grandes modificações, sobretudo na esfera pública, diante da necessidade de adequação dos anseios da Administração, de seus servidores e da sociedade recebedora dos serviços.

A demanda pela qualidade dos serviços, em razão da complexidade e do dinamismo oriundos do mundo globalizado, tem gerado a preocupação com a excelência, através da busca pela eficiência, transparência e dinamicidade na prestação dos serviços.

Tal cenário adentrou não só o setor privado, como também o setor público, motivando uma revisão do modelo de gestão aplicado nas instituições públicas.

O presente trabalho objetiva discorrer sobre o conceito do recente modelo de Gestão por Competências, que ganhou fôlego com a publicação do Decreto Federal nº 5.707/2006, bem como identificar e analisar as dificuldades que permeiam a implantação deste modelo no âmbito da Administração Pública, diante dos entraves da cultura arraigada e organizacional e do direito à estabilidade dos servidores públicos no país.

Conforme Carbone:

A partir deste novo modelo de estratégia organizacional, a área de gestão de pessoas pode orientar suas políticas, planos táticos e ações, integrando todos os seus subsistemas em torno da

aquisição das competências necessárias à consecução dos objetivos organizacionais. (CARBONE, 2009, p. 72).

Foi utilizada como metodologia a pesquisa bibliográfica, buscando a investigação do tema por meio de uma revisão literária, associando as vantagens e principais características do modelo e verificando se a Gestão por Competências é capaz de adicionar valor na busca das instituições por eficiência e eficácia.

No desenvolvimento serão apresentados o conceito, os desafios e as idéias dos estudiosos do assunto e na parte seguinte serão apresentadas as considerações finais, baseadas nos tópicos desenvolvidos anteriormente, destacando-se os pontos positivos e negativos, bem como as particularidades do tema e suas implicações na implantação do modelo na esfera pública.

Desenvolvimento

Para conceituar a Gestão por Competências é importante, a princípio, fragmentar a expressão. Gestão, por si só, consiste em gerência, administração, enquanto competência, em sua singularidade, pode ser definida pela capacidade fundada em aptidão.

O Decreto Federal nº 5.707/06, por seu turno, definiu gestão por competência como sendo: *“gestão da capacitação orientada para o desenvolvimento do conjunto de conhecimentos, habilidades e atitudes necessárias ao desempenho das funções dos servidores, visando ao alcance dos objetivos da instituição”*.

Os autores Afonso Fleury e Maria Tereza Fleury discorrem sobre a competência, definindo-a como “(...) *um saber agir responsável e reconhecido que implica mobilizar, integrar e transferir conhecimentos, recursos e habilidades, que agreguem valor econômico à organização e valor social ao indivíduo* (FLEURY & FLEURY, 2001, p. 30)”.

Nesse sentido, complementa o autor Ruas:

A crescente utilização da noção de competência no ambiente empresarial brasileiro tem renovado o interesse sobre esse conceito. Seja sob uma perspectiva mais estratégica (competências organizacionais, competências essenciais, seja sob uma configuração mais específica de práticas associadas à gestão de pessoas (seleção, desenvolvimento, avaliação e remuneração por competências), o que é certo é que a noção de competência tem aparecido como importante referência dentre os princípios e práticas de gestão no Brasil. (RUAS, 2005, p. 36).

Dessa forma, a Gestão por Competências revela-se em um modelo de gestão planejada e estratégica que permite a identificação das competências organizacionais necessárias para que a instituição atinja seus objetivos. Ao identificar tais competências, a instituição torna-se capaz de mapear as competências humanas, fomentando o planejamento estratégico. É o momento de identificação de lacunas a serem preenchidas com o desenvolvimento do novo modelo de gestão.

A importância desta etapa é bem definida por Leme:

Identificar competências de que uma função precisa; identificar as competências que o colaborador possui; fazer o cruzamento das informações apuradas nos passos anteriores identificando o *gap* de treinamento e traçando um plano de desenvolvimento específico para o colaborador. (LEME, 2005, p. 01).

Importante registrar que competência interliga-se diretamente ao ambiente da administração, sob duas perspectivas, que se associam a um alicerce conceitual, sendo a primeira relacionada a uma dimensão estratégica e a segunda à gestão de pessoas.

Nesse passo, tem-se que o objetivo principal da efetivação da Gestão por Competências é o alinhamento dos conhecimentos, das habilidades e das atitudes dos servidores públicos aos valores e à missão da instituição, reduzindo a distância entre os serviços efetivos prestados pelos integrantes da organização e o desempenho que a instituição necessita.

Tal conceituação, bastante disseminada hoje em dia, ganha força nas palavras de Carvalho:

O conhecimento é um conjunto de informações articuladas e que podem ser utilizadas quando necessário. A habilidade é entendida como a capacidade de transformar o conhecimento em ação, produzindo resultados que atendam ou

superem uma expectativa. As atitudes são determinadas por crenças, valores e princípios e estão relacionadas com o “querer ser” e o “querer agir”. (CARVALHO, 2008, p. 37).

Esse resultado reflete externamente na qualidade dos serviços finais entregues à sociedade, eis que potencializa a base do conhecimento, aumenta a capacidade de análise e qualifica a tomada de decisões gerenciais.

Lado outro, a Gestão por Competências tem o condão de transformar o atual modelo de Recursos Humanos de operacional em estratégico, permitindo que haja maior integração dentro da instituição.

Nesse ínterim, discorre o professor Dutra:

Na grande maioria dos órgãos públicos brasileiros, a área de RH continua limitada a esse papel, ficando conhecida como departamento de pessoal. A inexistência de definição de diretrizes gerais para as políticas de recursos humanos aliada à falta de informação faz com que a área de RH no setor público continue a possuir uma imagem burocrática, associada à ineficiência. De modo geral, acaba sendo uma gestão de problemas, emergencialista, que trabalha para “apagar incêndios” constantemente, priorizando tarefas rotineiras e emergenciais, onde atividades como definição de políticas para contratar, capacitar e

remunerar ficam em segundo plano. (DUTRA, 2009, p. 38).

Para sua implementação, faz-se necessário que haja agregação entre os setores que atuam na área de gestão de pessoas e de carreira, em acordo com a estratégia organizacional. Assim, o modelo abrange diversos níveis dentro da instituição.

Entretanto, muitos ainda são os desafios para a efetivação do modelo em referência, cabendo destacar no presente artigo dois principais obstáculos.

É sabido que o servidor público, após o ingresso por concurso na instituição e o cumprimento do período de estágio probatório (03 anos), adquire a estabilidade, consistente no direito de permanência no serviço público, garantido pela Constituição Federal de 1988.

A principal da função da estabilidade é permitir que o servidor aja de acordo com os princípios da impessoalidade, moralidade e legalidade, focando no interesse público. Porém, tal instituto vem sendo distorcido para uma única realidade, a de que, independente da ação do servidor público, o vínculo com a instituição é inabalável.

Assim, a implantação da Gestão por Competências, na visão de um determinado grupo de servidores públicos acomodados, que se apóiam na imobilidade do cargo, sem se importar com a execução de suas atribuições, feriria o direito à estabilidade, uma vez que confrontaria diretamente com os novos conceitos de excelência, qualidade, resultado e eficiência.

Este desafio, se não superado, comprometerá toda a dinâmica de implantação do modelo, conforme Pires define:

O desenvolvimento de competências profissionais ou humanas é um processo de aprendizagem que visa suprir o hiato entre os conhecimentos, as habilidades e as atitudes requeridos pelo órgão público e os apresentados pelos servidores. Estabelecidas em função do cargo ou da posição ocupada pelo indivíduo na organização, essas competências remetem, sob a ótica da qualificação profissional, não apenas aos saberes cognitivos e técnicos, mas também aos saberes da ação, ou seja, à capacidade de os servidores resolverem problemas, de lidarem com situações imprevistas e de compartilharem e transferirem conhecimentos. (PIRES, 2005, p. 36).

Um segundo desafio, não menos relevante, é a cultura organizacional pública do país.

Toda mudança no âmbito da Administração Pública é lenta e gradual. Devido ao costume arraigado, há uma complexidade que não permite a alteração de rotinas de forma pontual.

É necessário que haja um interesse na mudança, que tanto os subordinados quanto os superiores conheçam o novo modelo e tenham interesse em vê-lo aplicado ao cotidiano.

Nesse ponto, certa a colocação abaixo:

Esses relacionamentos geram valores, normas que promovem e controlam a integração e interação de seus membros entre si e reflete externamente, é o cerne da Organização, e conhecida como cultura organizacional. A cultura organizacional é um padrão de aspectos básicos compartilhados – inventados, descobertos ou desenvolvidos por um determinado grupo que aprende a enfrentar seus problemas de adaptação externa e integração interna, - e que funciona bem a ponto de ser considerado válido e desejável para ser transmitido aos novos membros como a maneira correta de perceber, pensar e sentir em relação àqueles problemas. (SCHEIN, 1992 apud CHIAVENATO, 2004b, p. 171).

Portanto, diante deste contexto, o processo torna-se lento e gradual, pois, primeiro, a cultura sedimentada deve ser alterada, para depois o novo modelo ser aplicado. Assim, além de todo esse processo, é necessário vencer a resistência à mudança, encarada, muitas vezes, como afronta a direitos adquiridos e rotinas já estabelecidas.

Conclusão

De todo o exposto, foi possível perceber o quão importante é a implantação no serviço público da Gestão por Competências e, ao mesmo tempo, o quão desafiador se torna a efetivação deste modelo.

O tema, que vem sendo amplamente estudado e discutido atualmente, ainda se mostra pouco difundido no âmbito do funcionalismo público, devido aos desafios percorridos no presente trabalho, bem como a outros, que aqui não foram expostos, mas que também dificultam a introdução da nova sistemática, como por exemplo, a pouca efetividade da legislação vigente.

Como toda mudança no âmbito da Administração Pública deve ser lenta e gradual, decorrente da resistência à mudança e da dificuldade em se modificar o que já se apresenta consolidado e estável, a implementação de um novo modelo de gestão de recursos humanos deverá também seguir este ritmo, sob pena de se tornar inócua.

É imperioso que a Administração promova ampla divulgação do novo modelo, através do conceito, da aplicabilidade e das melhorias que a Gestão por Competências pode trazer, sobretudo a longo prazo. Deve existir o apoio da alta administração e o espírito aberto ao debate.

Por mais que existam obstáculos e desafios, a implantação efetiva da Gestão por Competências pode transformar, aos poucos, a realidade do nosso serviço público, haja vista que ele pode se tornar mais eficiente, seja na qualidade dos serviços prestados, bem como na qualificação dos agentes públicos, de acordo com as habilidades e comportamentos.

Conclui-se, por fim, que é possível verificar na sociedade, que mesmo diante de todos os desafios, o tema vem sendo amplamente estudado e divulgado, o que é o primeiro e grande passo para a mudança paulatina de cultura.

REFERÊNCIAS

BERGUE, Sandro Trescastro. *Gestão de pessoas em organizações públicas*. 3. ed. rev. e atual. Caxias do Sul, RS: Educs, 2010.

_____. Decreto 5.707 de 23 de Fevereiro de 2006. Institui a Política e as Diretrizes para o Desenvolvimento de Pessoal da Administração Pública Federal Direta, Autárquica e Fundacional, e regulamenta os dispositivos da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2004-2206/2006/Decreto/D5707.htm. Acesso em 23 de Janeiro de 2015.

CARBONE, Pedro Paulo ET AL. *Gestão por competências e gestão do conhecimento*. 3 ed;. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009.

CARVALHO, Ieda Maria Vecchioni. PASSOS, Antônio Eugênio Valverde Mariani. SARAIVA, Suzana Barros Corrêa. *Recrutamento e seleção por competências*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2008.

DUTRA, Ademar. *Curso de especialização em Administração Pública. Gestão de pessoas na área pública*. 2009.

DUTRA, Joel de Souza et al (org. e autor). *Gestão por competências: um modelo avançado para o gerenciamento de pessoas*. 6. ed. São Paulo: Gente, 2001.

DUTRA, Joel de Souza. *Competências: conceitos e instrumentos para a gestão de pessoas na empresa moderna*. São Paulo: Atlas, 2010.

DUTRA, Joel Souza. FLEURY, Maria Tereza Leme. RUAS, Roberto. Organizadores. *Competências: conceitos, métodos e experiências*. São Paulo: Atlas, 2008.

FLEURY, Afonso. FLEURY, Maria Tereza Leme. *Estratégias empresariais e formação de competências: um quebra-cabeça caleidoscópico da indústria brasileira*. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2001.

GIUDICE, Rodrigo Chagas. *Desafios da Gestão de Pessoas por Competências na Administração Pública Federal*. Disponível em: http://www.assecor.org.br/files/4413/5896/2423/rbpo_vol_2_num_2_desaafios-da-gestao-de-pessoas-por-competencias.pdf. Acesso em 30 de janeiro de 2015.

LEME, Rogério. *Aplicação prática de gestão de pessoas: mapeamento, treinamento, seleção, avaliação e mensuração de resultados de treinamento*. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2005.

PIRES, A. K. et al. *Gestão por competências em organizações de governo*. Brasília: ENAP, 2005.

ROCHA, Eduardo Peixoto. *Gestão de pessoas por competências: um enfoque gerencial*. Campinas, São Paulo: Alínea, 2009.

RUANO, Alessandra Martinewski. *Gestão por competência: uma perspectiva para consolidação da gestão estratégica de recursos humanos*. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2007.

RUAS, Roberto Lima. ANTONELLO, Claudia Simone. BOFF, Luiz Henrique. *Os novos horizontes da gestão: aprendizagem organizacional e competências*. Porto Alegre: Bookman, 2005.

Conforme a NBR 6023:2000 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico publicado em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma: LUCAS, Fernanda de Castro. *Gestão por competências na Administração Pública: conceito e desafios*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 21 maio 2015. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.53481>>. Acesso em: 23 maio 2015.

O SISTEMA NACIONAL DE INFORMAÇÕES E INDICADORES CULTURAIS (SNIIC) EM EXAME: SINGELAS PONDERAÇÕES À LEI Nº 12.343/2010

TAUÃ LIMA VERDAN RANGEL: Bacharel em Direito, do Centro Universitário São Camilo. Autor de vários artigos na área do Direito Penal, Direito Constitucional, Direito Civil e Direito Ambiental. Mestrando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da UFF. Bolsista CAPES.

Resumo: O objetivo do presente está assentado na análise do Sistema Nacional de Informações e Indicadores Culturais (SNIIC), instituído pela Lei nº 12.343, de 02 de dezembro de 2010. Cuida salientar que o meio ambiente cultural é constituído por bens culturais, cuja acepção compreende aqueles que possuem valor histórico, artístico, paisagístico, arqueológico, espeleológico, fossilífero, turístico, científico, refletindo as características de uma determinada sociedade. Ao lado disso, quadra anotar que a cultura identifica as sociedades humanas, sendo formada pela história e maciçamente influenciada pela natureza, como localização geográfica e clima. Com efeito, o meio ambiente cultural decorre de uma intensa interação entre homem e natureza, porquanto aquele constrói o seu meio, e toda sua atividade e percepção são conformadas pela sua cultural. A cultura brasileira é o resultado daquilo que era próprio das populações tradicionais indígenas e das transformações trazidas pelos diversos grupos colonizadores e escravos africanos. Nesta toada, ao se analisar o meio ambiente cultural, enquanto complexo macrossistema, é perceptível que é algo incorpóreo, abstrato, fluído, constituído por bens culturais materiais e

imateriais portadores de referência à memória, à ação e à identidade dos distintos grupos formadores da sociedade brasileira. O conceito de patrimônio histórico e artístico nacional abrange todos os bens moveis e imóveis, existentes no País, cuja conservação seja de interesse público, por sua vinculação a fatos memoráveis da História pátria ou por seu excepcional valor artístico, arqueológico, etnográfico, bibliográfico e ambiental.

Palavras-chaves: Patrimônio Cultural. Sistema Nacional de Informações e Indicadores Culturais. Tutela Jurídica.

Sumário: 1 Ponderações Introdutórias: Breves notas à construção teórica da Ramificação Ambiental do Direito; 2 Comentários à concepção de Meio Ambiente; 3 Meio Ambiente e Patrimônio Cultural: Aspectos Introdutórios; 4 O Sistema Nacional de Informações e Indicadores Culturais (SNIIC) em exame: Singelas Ponderações à Lei nº 12.343/2010.

1 Ponderações Introdutórias: Breves notas à construção teórica da Ramificação Ambiental do Direito

Inicialmente, ao se dispensar um exame acerca do tema colocado em tela, patente se faz arrazoar que a Ciência Jurídica, enquanto um conjunto multifacetado de arcabouço doutrinário e técnico, assim como as robustas ramificações que a integram, reclama uma interpretação alicerçada nos plurais aspectos modificadores que passaram a influir em sua estruturação. Neste almiré, lançando à tona os aspectos característicos de mutabilidade que passaram a orientar o Direito, tornou-se imperioso salientar, com ênfase, que não mais subsiste uma visão arrimada em preceitos estagnados e estanques, alheios às necessidades e

às diversidades sociais que passaram a contornar os Ordenamentos Jurídicos. Ora, infere-se que não mais prospera o arcabouço imutável que outrora sedimentava a aplicação das leis, sendo, em decorrência dos anseios da população, suplantados em uma nova sistemática.

Com espeque em tais premissas, cuida hastear, com bastante pertinência, como flâmula de interpretação o “*prisma de avaliação o brocardo jurídico 'Ubi societas, ibi jus', ou seja, 'Onde está a sociedade, está o Direito', tornando explícita e cristalina a relação de interdependência que esse binômio mantém*”^[1]. Destarte, com clareza solar, denota-se que há uma interação consolidada na mútua dependência, já que o primeiro tem suas balizas fincadas no constante processo de evolução da sociedade, com o fito de que seus Diplomas Legislativos e institutos não fiquem inquinados de inaptidão e arcaísmo, em total descompasso com a realidade vigente. A segunda, por sua vez, apresenta estrutural dependência das regras consolidadas pelo Ordenamento Pátrio, cujo escopo primevo é assegurar que não haja uma vingança privada, afastando, por extensão, qualquer ranço que rememore priscas eras em que o homem valorizava a Lei de Talião (“Olho por olho, dente por dente”), bem como para evitar que se robusteça um cenário caótico no seio da coletividade.

Ademais, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, imprescindível se fez adotá-la como maciço axioma de sustentação do Ordenamento Brasileiro, precipuamente quando se objetiva a amoldagem do texto legal, genérico e abstrato, aos complexos anseios e múltiplas necessidades que influenciam a realidade contemporânea. Ao lado disso, há que se citar o voto magistral voto

proferido pelo Ministro Eros Grau, ao apreciar a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº. 46/DF, “*o direito é um organismo vivo, peculiar porém porque não envelhece, nem permanece jovem, pois é contemporâneo à realidade. O direito é um dinamismo. Essa, a sua força, o seu fascínio, a sua beleza*”^[2]. Como bem pontuado, o fascínio da Ciência Jurídica jaz, justamente, na constante e imprescindível mutabilidade que apresenta, decorrente do dinamismo que reverbera na sociedade e orienta a aplicação dos Diplomas Legais e os institutos jurídicos neles consagrados.

Ainda neste substrato de exposição, pode-se evidenciar que a concepção pós-positivista que passou a permear o Direito, ofertou, por via de consequência, uma rotunda independência dos estudiosos e profissionais da Ciência Jurídica. Aliás, há que se citar o entendimento de Verdan, “*esta doutrina é o ponto culminante de uma progressiva evolução acerca do valor atribuído aos princípios em face da legislação*”^[3]. Destarte, a partir de uma análise profunda dos mencionados sustentáculos, infere-se que o ponto central da corrente pós-positivista cinge-se à valoração da robusta tábua principiológica que Direito e, por conseguinte, o arcabouço normativo passando a figurar, nesta tela, como normas de cunho vinculante, flâmulas hasteadas a serem adotadas na aplicação e interpretação do conteúdo das leis, diante das situações concretas.

Nas últimas décadas, o aspecto de mutabilidade tornou-se ainda mais evidente, em especial, quando se analisa a construção de novos que derivam da Ciência Jurídica. Entre estes, cuida destacar a ramificação ambiental, considerando como um ponto de congruência da formação de

novos ideários e cânones, motivados, sobretudo, pela premissa de um manancial de novos valores adotados. Nesta trilha de argumentação, de boa técnica se apresenta os ensinamentos de Fernando de Azevedo Alves Brito que, em seu artigo, aduz: *“Com a intensificação, entretanto, do interesse dos estudiosos do Direito pelo assunto, passou-se a desvendar as peculiaridades ambientais, que, por estarem muito mais ligadas às ciências biológicas, até então era marginalizadas”*^[4]. Assim, em decorrência da proeminência que os temas ambientais vêm, de maneira paulatina, alcançando, notadamente a partir das últimas discussões internacionais envolvendo a necessidade de um desenvolvimento econômico pautado em sustentabilidade, não é raro que prospere, mormente em razão de novos fatores, um verdadeiro remodelamento ou mesmo uma releitura dos conceitos que abalizam a ramificação ambiental do Direito, com o fito de permitir que ocorra a conservação e recuperação das áreas degradadas, primacialmente as culturais.

Ademais, há de ressaltar ainda que o direito ambiental passou a figurar, especialmente, depois das décadas de 1950 e 1960, como um elemento integrante da farta e sólida tábua de direitos fundamentais. Calha realçar que mais contemporâneos, os direitos que constituem a terceira dimensão recebem a alcunha de direitos de fraternidade ou, ainda, de solidariedade, contemplando, em sua estrutura, uma patente preocupação com o destino da humanidade^[5]. Ora, daí se verifica a inclusão de meio ambiente como um direito fundamental, logo, está umbilicalmente atrelado com humanismo e, por extensão, a um ideal de sociedade mais justa e solidária. Nesse sentido, ainda, é plausível citar o artigo 3º., inciso I, da Carta Política de 1988 que abriga em sua redação

tais pressupostos como os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direitos: “**Art. 3º** - *Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária*”[6].

Ainda nesta esteira, é possível verificar que a construção dos direitos encampados sob a rubrica de terceira dimensão tende a identificar a existência de valores concernentes a uma determinada categoria de pessoas, consideradas enquanto unidade, não mais prosperando a típica fragmentação individual de seus componentes de maneira isolada, tal como ocorria em momento pretérito. Com o escopo de ilustrar, de maneira pertinente as ponderações vertidas, insta trazer à colação o entendimento do Ministro Celso de Mello, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº. 1.856/RJ, em especial quando destaca:

Cabe assinalar, Senhor Presidente, que os direitos de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos, genericamente, e de modo difuso, a todos os integrantes dos agrupamentos sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem, por isso mesmo, ao lado dos denominados direitos de quarta geração (como o direito ao desenvolvimento e o direito à paz), um momento importante no processo de expansão e reconhecimento dos direitos humanos, qualificados estes, enquanto valores fundamentais

indisponíveis, como prerrogativas impregnadas de uma natureza essencialmente inexaurível[7].

Quadra anotar que os direitos alocados sob a rubrica de *direito de terceira dimensão* encontram como assento primordial a visão da espécie humana na condição de coletividade, superando, via de consequência, a tradicional visão que está pautada no ser humano em sua individualidade. Assim, a preocupação identificada está alicerçada em direitos que são coletivos, cujas influências afetam a todos, de maneira indiscriminada. Ao lado do exposto, cuida mencionar, segundo Bonavides, que tais direitos “*têm primeiro por destinatários o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta*”[8]. Com efeito, os direitos de terceira dimensão, dentre os quais se inclui ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, positivado na Constituição de 1988, emerge com um claro e tangível aspecto de familiaridade, como ápice da evolução e concretização dos direitos fundamentais.

2 Comentários à concepção de Meio Ambiente

Em uma primeira plana, ao lançar mão do sedimentado jurídico-doutrinário apresentado pelo inciso I do artigo 3º da Lei N.º. 6.938, de 31 de agosto de 1981[9], que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências, salienta que o meio ambiente consiste no conjunto e conjunto de condições, leis e influências de ordem química, física e biológica que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas. Pois bem, com o escopo de promover uma facilitação do aspecto conceitual apresentado, é possível verificar que o meio ambiente se assenta em um

complexo diálogo de fatores abióticos, provenientes de ordem química e física, e bióticos, consistentes nas plurais e diversificadas formas de seres vivos. Consoante os ensinamentos apresentados por José Afonso da Silva, considera-se meio-ambiente como “*a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas*”[\[10\]](#).

Nesta senda, ainda, Fiorillo[\[11\]](#), ao tecer comentários acerca da acepção conceitual de meio ambiente, coloca em destaque que tal tema se assenta em um ideário jurídico indeterminado, incumbindo, ao intérprete das leis, promover o seu preenchimento. Dada à fluidez do tema, é possível colocar em evidência que o meio ambiente encontra íntima e umbilical relação com os componentes que cercam o ser humano, os quais são de imprescindível relevância para a sua existência. O Ministro Luiz Fux, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade N.º. 4.029/AM, salientou, com bastante pertinência, que:

(...) o meio ambiente é um conceito hoje geminado com o de saúde pública, saúde de cada indivíduo, sadia qualidade de vida, diz a Constituição, é por isso que estou falando de saúde, e hoje todos nós sabemos que ele é imbricado, é conceitualmente geminado com o próprio desenvolvimento. Se antes nós dizíamos que o meio ambiente é compatível com o desenvolvimento, hoje nós dizemos, a partir da Constituição, tecnicamente, que não pode haver desenvolvimento senão com o meio ambiente ecologicamente equilibrado. A

geminção do conceito me parece de rigor técnico, porque salta da própria Constituição Federal[12].

É denotável, desta sorte, que a constitucionalização do meio ambiente no Brasil viabilizou um verdadeiro salto qualitativo, no que concerne, especificamente, às normas de proteção ambiental. Tal fato decorre da premissa que os robustos corolários e princípios norteadores foram alçados ao patamar constitucional, assumindo colocação eminente, ao lado das liberdades públicas e dos direitos fundamentais. Superadas tais premissas, aprouve ao Constituinte, ao entalhar a Carta Política Brasileira, ressoando os valores provenientes dos direitos de terceira dimensão, insculpir na redação do artigo 225, conceder amplo e robusto respaldo ao meio ambiente como pilar integrante dos direitos fundamentais. *“Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, as normas de proteção ambiental são alçadas à categoria de normas constitucionais, com elaboração de capítulo especialmente dedicado à proteção do meio ambiente”*[13]. Nesta toada, ainda, é observável que o *caput* do artigo 225 da Constituição Federal de 1988[14] está abalizado em quatro pilares distintos, robustos e singulares que, em conjunto, dão corpo a toda tábua ideológica e teórica que assegura o substrato de edificação da ramificação ambiental.

Primeiramente, em decorrência do tratamento dispensado pelo artífice da Constituição Federal, o meio ambiente foi içado à condição de direito de todos, presentes e futuras gerações. É encarado como algo pertencente a toda coletividade, assim, por esse prisma, não se admite o emprego de qualquer distinção entre brasileiro nato, naturalizado ou estrangeiro, destacando-se, sim, a necessidade de preservação,

conservação e não-poluição. O artigo 225, devido ao cunho de direito difuso que possui, extrapola os limites territoriais do Estado Brasileiro, não ficando centrado, apenas, na extensão nacional, compreendendo toda a humanidade. Neste sentido, o Ministro Celso de Mello, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade N° 1.856/RJ, destacou que:

A preocupação com o meio ambiente - que hoje transcende o plano das presentes gerações, para também atuar em favor das gerações futuras (...) tem constituído, por isso mesmo, objeto de regulações normativas e de proclamações jurídicas, que, ultrapassando a província meramente doméstica do direito nacional de cada Estado soberano, projetam-se no plano das declarações internacionais, que refletem, em sua expressão concreta, o compromisso das Nações com o indeclinável respeito a esse direito fundamental que assiste a toda a Humanidade[15].

O termo “todos”, aludido na redação do *caput* do artigo 225 da Constituição Federal de 1988, faz menção aos já nascidos (presente geração) e ainda aqueles que estão por nascer (futura geração), cabendo àqueles zelar para que esses tenham à sua disposição, no mínimo, os recursos naturais que hoje existem. Tal fato encontra como arrimo a premissa que foi reconhecido ao gênero humano o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao gozo de condições de vida adequada, em ambiente que permita desenvolver todas as suas potencialidades em clima de dignidade e bem-estar. Pode-se considerar como um direito transgeracional, ou seja, ultrapassa as gerações, logo, é viável afirmar que

o meio-ambiente é um direito público subjetivo. Desta feita, o ideário de que o meio ambiente substancializa patrimônio público a ser imperiosamente assegurado e protegido pelos organismos sociais e pelas instituições estatais, qualificando verdadeiro encargo irrenunciável que se impõe, objetivando sempre o benefício das presentes e das futuras gerações, incumbindo tanto ao Poder Público quanto à coletividade considerada em si mesma.

Assim, decorrente de tal fato, produz efeito *erga omnes*, sendo, portanto, oponível contra a todos, incluindo pessoa física/natural ou jurídica, de direito público interno ou externo, ou mesmo de direito privado, como também ente estatal, autarquia, fundação ou sociedade de economia mista. Impera, também, evidenciar que, como um direito difuso, não subiste a possibilidade de quantificar quantas são as pessoas atingidas, pois a poluição não afeta tão só a população local, mas sim toda a humanidade, pois a coletividade é indeterminada. Nesta senda, o direito à interidade do meio ambiente substancializa verdadeira prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, ressoando a expressão robusta de um poder deferido, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas num sentido mais amplo, atribuído à própria coletividade social.

Com a nova sistemática entabulada pela redação do artigo 225 da Carta Maior, o meio-ambiente passou a ter autonomia, tal seja não está vinculada a lesões perpetradas contra o ser humano para se agasalhar das reprimendas a serem utilizadas em relação ao ato perpetrado. Figura-se, *ergo*, como bem de uso comum do povo o segundo pilar que dá corpo aos sustentáculos do tema em tela. O axioma a ser esmiuçado, está atrelado o meio-ambiente como vetor da sadia qualidade de vida, ou seja,

manifesta-se na salubridade, precipuamente, ao vincular a espécie humana está se tratando do bem-estar e condições mínimas de existência. Igualmente, o sustentáculo em análise se corporifica também na higidez, ao cumprir os preceitos de ecologicamente equilibrado, salvaguardando a vida em todas as suas formas (diversidade de espécies).

Por derradeiro, o quarto pilar é a corresponsabilidade, que impõe ao Poder Público o dever geral de se responsabilizar por todos os elementos que integram o meio ambiente, assim como a condição positiva de atuar em prol de resguardar. Igualmente, tem a obrigação de atuar no sentido de zelar, defender e preservar, asseverando que o meio-ambiente permaneça intacto. Aliás, este último se diferencia de conservar que permite a ação antrópica, viabilizando melhorias no meio ambiente, trabalhando com as premissas de desenvolvimento sustentável, aliando progresso e conservação. Por seu turno, o cidadão tem o dever negativo, que se apresenta ao não poluir nem agredir o meio-ambiente com sua ação. Além disso, em razão da referida corresponsabilidade, são titulares do meio ambiente os cidadãos da presente e da futura geração.

3 Meio Ambiente e Patrimônio Cultural: Aspectos Introdutórios

Quadra salientar que o meio ambiente cultural é constituído por bens culturais, cuja acepção compreende aqueles que possuem valor histórico, artístico, paisagístico, arqueológico, espeleológico, fossilífero, turístico, científico, refletindo as características de uma determinada sociedade. Ao lado disso, quadra anotar que a cultura identifica as sociedades humanas, sendo formada pela história e maciçamente influenciada pela natureza, como localização geográfica e clima. Com efeito, o meio ambiente cultural decorre de uma intensa interação entre

homem e natureza, porquanto aquele constrói o seu meio, e toda sua atividade e percepção são conformadas pela sua cultura. “A cultura brasileira é o resultado daquilo que era próprio das populações tradicionais indígenas e das transformações trazidas pelos diversos grupos colonizadores e escravos africanos”[16]. Desta maneira, a proteção do patrimônio cultural se revela como instrumento robusto da sobrevivência da própria sociedade.

Nesta toada, ao se analisar o meio ambiente cultural, enquanto complexo macrossistema, é perceptível que é algo incorpóreo, abstrato, fluído, constituído por bens culturais materiais e imateriais portadores de referência à memória, à ação e à identidade dos distintos grupos formadores da sociedade brasileira. Meirelles anota que “o conceito de patrimônio histórico e artístico nacional abrange todos os bens moveis e imóveis, existentes no País, cuja conservação seja de interesse público, por sua vinculação a fatos memoráveis da História pátria ou por seu excepcional valor artístico, arqueológico, etnográfico, bibliográfico e ambiental”[17]. Quadra anotar que os bens compreendidos pelo patrimônio cultural compreendem tanto realizações antrópicas como obras da Natureza; preciosidades do passado e obras contemporâneas.

Nesta esteira, é possível subclassificar o meio ambiente cultural em duas espécies distintas, quais sejam: uma concreta e outra abstrata. Neste passo, o meio-ambiente cultural concreto, também denominado material, se revela materializado quando está transfigurado em um objeto classificado como elemento integrante do meio-ambiente humano. Assim, é possível citar os prédios, as construções, os monumentos arquitetônicos, as estações, os museus e os parques, que albergam em si a qualidade de

ponto turístico, artístico, paisagístico, arquitetônico ou histórico. Os exemplos citados alhures, em razão de todos os predicados que ostentam, são denominados de meio-ambiente cultural concreto. Acerca do tema em comento, é possível citar o robusto entendimento jurisprudencial firmado pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar, ao apreciar o Recurso Especial Nº 115.599/RS:

Ementa: Meio Ambiente. Patrimônio cultural. Destruição de dunas em sítios arqueológicos. Responsabilidade civil. Indenização. O autor da destruição de dunas que encobriam sítios arqueológicos deve indenizar pelos prejuízos causados ao meio ambiente, especificamente ao meio ambiente natural (dunas) e ao meio ambiente cultural (jazidas arqueológicas com cerâmica indígena da Fase Vieira). Recurso conhecido em parte e provido. (Superior Tribunal de Justiça – Quarta Turma/ REsp 115.599/RS/ Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar/ Julgado em 27.06.2002/ Publicado no Diário da Justiça em 02.09.2002, p. 192).

Diz-se, de outro modo, o meio-ambiente cultural abstrato, chamado, ainda, de imaterial, quando este não se apresenta materializado no meio-ambiente humano, sendo, deste modo, considerado como a cultura de um povo ou mesmo de uma determinada comunidade. Da mesma maneira, são alcançados por tal acepção a língua e suas variações regionais, os costumes, os modos e como as pessoas relacionam-se, as produções acadêmicas, literárias e científicas, as manifestações

decorrentes de cada identidade nacional e/ou regional. Neste sentido, é possível colacionar o entendimento firmado pelo Tribunal Regional Federal da Segunda Região, quando, ao apreciar a Apelação Cível N° 2005251015239518, firmou entendimento que “*expressões tradicionais e termos de uso corrente, trivial e disseminado, reproduzidos em dicionários, integram o patrimônio cultural de um povo*”[18]. Esses aspectos constituem, sem distinção, abstratamente o meio-ambiente cultural. Consoante aponta Brollo, “*o patrimônio cultural imaterial transmite-se de geração a geração e é constantemente recriado pelas comunidades e grupos em função de seu ambiente*”[19], decorrendo, com destaque, da interação com a natureza e dos acontecimentos históricos que permeiam a população.

O Decreto N° 3.551, de 04 de Agosto de 2000[20], que institui o registro de bens culturais de natureza imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro, cria o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial e dá outras providências, consiste em instrumento efetivo para a preservação dos bens imateriais que integram o meio-ambiente cultural. Como bem aponta Brollo[21], em seu magistério, o aludido decreto não instituiu apenas o registro de bens culturais de natureza imaterial que integram o patrimônio cultural brasileiro, mas também estruturou uma política de inventariança, referenciamento e valorização desse patrimônio. Ejeta-se, segundo o entendimento firmado por Celso Fiorillo[22], que os bens que constituem o denominado patrimônio cultural consistem na materialização da história de um povo, de todo o caminho de sua formação e reafirmação de seus valores culturais, os quais têm o condão de substancializar a identidade e a cidadania dos indivíduos insertos em

uma determinada comunidade. Necessário se faz salientar que o meio-ambiente cultural, conquanto seja artificial, difere-se do meio-ambiente humano em razão do aspecto cultural que o caracteriza, sendo dotado de valor especial, notadamente em decorrência de produzir um sentimento de identidade no grupo em que se encontra inserido, bem como é propiciada a constante evolução fomentada pela atenção à diversidade e à criatividade humana.

4 O Sistema Nacional de Informações e Indicadores Culturais (SNIIC) em exame: Singelas Ponderações à Lei nº 12.343/2010

Em um primeiro momento, cuida assinalar que o Sistema Nacional de Informações e Indicadores Culturais (SNIIC) reflete os ideários axiológicos encerrados no artigo 215, §3º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988[23], sendo dotado das seguintes características: (i) obrigatoriedade da inserção e atualização permanente de dados pela União e pelos Estados, Distrito Federal e Municípios que vierem a aderir ao Plano; (ii) caráter declaratório; (iii) processos informatizados de declaração, armazenamento e extração de dados; (iv) ampla publicidade e transparência para as informações declaradas e sistematizadas, preferencialmente em meios digitais, atualizados tecnologicamente e disponíveis na rede mundial de computadores. O declarante será responsável pela inserção de dados no programa de declaração e pela veracidade das informações inseridas na base de dados. As informações coletadas serão processadas de forma sistêmica e objetiva e deverão integrar o processo de monitoramento e avaliação do Plano Nacional de Cultura. O Ministério da Cultura poderá promover parcerias e convênios com instituições especializadas na área de economia

da cultura, de pesquisas socioeconômicas e demográficas para a constituição do Sistema Nacional de Informações e Indicadores Culturais - SNIIC.

Denota-se, portanto, que o sistema em comento materializa a plataforma sobre a qual será executado o monitoramento do Plano Nacional de Cultura (PNC), cujas funções estão alicerçadas na coleta, na sistematização e na interpretação de dados, tal como fornecer metodologias e estabelecer parâmetros à mensuração da atividade do campo cultural e das necessidades sociais por cultura, que viabilizem a formulação, o monitoramento, a gestão e a avaliação das políticas públicas de cultura e das políticas culturais. O sistema, ainda, vai oferecer serviços de busca de dados georreferenciados, estatísticas, indicadores e outras informações relevantes de bens e serviços culturais, dando apoio aos gestores culturais públicos e privados, além de maior controle social dos recursos. Ao lado disso, em fase de pré-implantação, o SNIIC vai monitorar e avaliar as políticas públicas de cultura e das políticas culturais do Plano Nacional de Cultura, o que, por via de consequência, assegura ao Poder Público e à sociedade civil o acompanhamento do PNC. Cuida estabelecer que o Ministério da Cultura já estabeleceu as metas e os indicadores que serão empregados, incumbindo ao Sistema Nacional de Informações e Indicadores Culturais (SNIIC) estruturar a plataforma de informações.

Referência:

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21 ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros Ltda., 2007.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 13 mar. 2015.

_____. **Decreto Nº 3.551, de 04 de Agosto de 2000.** Institui o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro, cria o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 13 mar. 2015.

_____. **Decreto-Lei Nº 25, de 30 de novembro de 1937.** Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 13 mar. 2015.

_____. **Lei Nº. 6.938, de 31 de Agosto de 1981.** Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 13 mar. 2015.

_____. **Lei nº 12.343, de 02 de Dezembro de 2010.** Institui o Plano Nacional de Cultura – PNC, cria o Sistema Nacional de Informações e Indicadores Culturais – SNIIC e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 13 mar. 2015.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 13 mar. 2015.

_____. **Tribunal Regional Federal da Segunda Região.** Disponível em: <www.trf2.jus.br>. Acesso em 13 mar. 2015.

BRITO, Fernando de Azevedo Alves. A hodierna classificação do meio-ambiente, o seu remodelamento e a problemática sobre a existência ou a inexistência das classes do meio-ambiente do trabalho e do meio-

ambiente misto. **Boletim Jurídico**, Uberaba, a. 5, n. 968. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br>>. Acesso em 13 mar. 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24 ed, rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 13 ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 38 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012.

MINAS GERAIS (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**. Disponível em: <www.tjmg.jus.br>. Acesso em 13 mar. 2015.

MOTTA, Sylvio; DOUGLAS, Willian. **Direito Constitucional – Teoria, Jurisprudência e 1.000 Questões** 15 ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2004.

RIO GRANDE DO SUL (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em 13 mar. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental: Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

THOMÉ, Romeu. **Manual de Direito Ambiental: Conforme o Novo Código Florestal e a Lei Complementar 140/2011**. 2 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012.

VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br>>. Acesso em 13 mar. 2015.

NOTAS:

[1] VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br>>. Acesso em 13 mar. 2015, s.p.

[2] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental N.º. 46/DF. Empresa Pública de Correios e Telégrafos. Privilégio de Entrega de Correspondências. Serviço Postal. Controvérsia referente à Lei Federal 6.538, de 22 de Junho de 1978. Ato Normativo que regula direitos e obrigações concernentes ao Serviço Postal. Previsão de Sanções nas Hipóteses de Violação do Privilégio Postal. Compatibilidade com o Sistema Constitucional Vigente. Alegação de afronta ao disposto nos artigos 1º, inciso IV; 5º, inciso XIII, 170, caput, inciso IV e parágrafo único, e 173 da Constituição do Brasil. Violação dos Princípios da Livre Concorrência e Livre Iniciativa. Não Caracterização. Arguição Julgada Improcedente. Interpretação conforme à Constituição conferida ao artigo 42 da Lei N. 6.538, que estabelece sanção, se configurada a violação do privilégio postal da União. Aplicação às atividades postais descritas no artigo 9º, da lei. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marcos Aurélio. Julgado em 05 ag. 2009. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 13 mar. 2015.

[3] VERDAN, 2009, s.p.

[4] BRITO, Fernando de Azevedo Alves. A hodierna classificação do meio-ambiente, o seu remodelamento e a problemática sobre a existência

ou a inexistência das classes do meio-ambiente do trabalho e do meio-ambiente misto. **Boletim Jurídico**, Uberaba, ano 5, n. 968. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br>>. Acesso em 13 mar. 2015.

[5] MOTTA, Sylvio; DOUGLAS, Willian. **Direito Constitucional – Teoria, Jurisprudência e 1.000 Questões** 15 ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2004, p. 69.

[6] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 13 mar. 2015.

[7] *Idem*. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 1.856/RJ. Ação Direta De Inconstitucionalidade - Briga de galos (Lei Fluminense Nº 2.895/98) - Legislação Estadual que, pertinente a exposições e a competições entre aves das raças combatentes, favorece essa prática criminosa - Diploma Legislativo que estimula o cometimento de atos de crueldade contra galos de briga - Crime Ambiental (Lei Nº 9.605/98, ART. 32) - Meio Ambiente - Direito à preservação de sua integridade (CF, Art. 225) - Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade - Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade - Proteção constitucional da fauna (CF, Art. 225, § 1º, VII) - Descaracterização da briga de galo como manifestação cultural - Reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei Estadual impugnada - Ação Direta procedente. Legislação Estadual que autoriza a realização de exposições e competições entre aves das raças combatentes - Norma que institucionaliza a prática de crueldade contra a fauna – Inconstitucionalidade. . Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro

Celso de Mello. Julgado em 26 mai. 2011. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 13 mar. 2015.

[8] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21 ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros Ltda., 2007, p. 569.

[9] BRASIL. **Lei Nº. 6.938, de 31 de Agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 13 mar. 2015.

[10] SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p.20.

[11] FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 13 ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 77.

[12] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 4.029/AM. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei Federal Nº 11.516/07. Criação do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade. Legitimidade da Associação Nacional dos Servidores do IBAMA. Entidade de Classe de Âmbito Nacional. Violação do art. 62, caput e § 9º, da Constituição. Não emissão de parecer pela Comissão Mista Parlamentar. Inconstitucionalidade dos artigos 5º, caput, e 6º, caput e parágrafos 1º e 2º, da Resolução Nº 1 de 2002 do Congresso Nacional. Modulação dos Efeitos Temporais da Nulidade (Art. 27 da Lei 9.868/99). Ação Direta Parcialmente Procedente. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgado em 08 mar. 2012. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 13 mar. 2015.

[13] THOMÉ, Romeu. **Manual de Direito Ambiental: Conforme o Novo Código Florestal e a Lei Complementar 140/2011**. 2 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012, p. 116.

[14] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 13 mar. 2015: “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

[15] *Idem*. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 1.856/RJ. Ação Direta De Inconstitucionalidade - Briga de galos (Lei Fluminense Nº 2.895/98) - Legislação Estadual que, pertinente a exposições e a competições entre aves das raças combatentes, favorece essa prática criminosa - Diploma Legislativo que estimula o cometimento de atos de crueldade contra galos de briga - Crime Ambiental (Lei Nº 9.605/98, ART. 32) - Meio Ambiente - Direito à preservação de sua integridade (CF, Art. 225) - Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade - Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade - Proteção constitucional da fauna (CF, Art. 225, § 1º, VII) - Descaracterização da briga de galo como manifestação cultural - Reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei Estadual impugnada - Ação Direta procedente. Legislação Estadual que autoriza a realização de exposições e competições entre aves das raças combatentes - Norma que institucionaliza a prática de crueldade contra a fauna –

Inconstitucionalidade. . Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 26 mai. 2011. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 13 mar. 2015.

[16] BROLLO, Sílvia Regina Salau. **Tutela Jurídica do meio ambiente cultural: Proteção contra a exportação ilícita dos bens culturais**. 106f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2006. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde_arquivos/1/TDE-2006-10-05T061948Z-421/Publico/SilviaDto.pdf>. Acesso em 13 mar. 2015, p. 15-16.

[17] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 38 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 634.

[18] BRASIL. **Tribunal Regional Federal da Segunda Região**. Acórdão proferido em Apelação Cível Nº 2005251015239518. Direito da propriedade industrial. Marca fraca e marca de alto renome. Anulação de marca. Uso compartilhado de signo mercadológico (ÔMEGA). I – Expressões tradicionais e termos de uso corrente, trivial e disseminado, reproduzidos em dicionários, integram o patrimônio cultural de um povo. Palavras dotadas dessas características podem inspirar o registro de marcas, pelas peculiaridades de suas expressões eufônicas ou pela sua inegável repercussão associativa no imaginário do consumidor. II – É fraca a marca que reproduz a última letra do alfabeto grego (Omega), utilizado pelo povo helênico desde o século VIII a.C., e inserida pelos povos eslavos no alfabeto cirílico, utilizado no Império Bizantino desde o século X d.C. O propósito de sua adoção é, inegavelmente, o de fazer uso da familiaridade do consumidor com o vocábulo de uso corrente desde a

Antiguidade. III – Se uma marca fraca alcançou alto renome, a ela só se pode assegurar proteção limitada, despida do jus excludendi de terceiros, que também fazem uso do mesmo signo merceológico de boa-fé e em atividade distinta. Nessas circunstâncias, não há a possibilidade de o consumidor incidir erro ou, ainda, de se configurar concorrência desleal. IV – Apelação parcialmente provida tão-somente para ajustar o pólo passivo da relação processual, fazendo constar o Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI como réu, mantida a improcedência do pedido de invalidação do registro da marca mista OMEGA (nº 818.522.216), classe 20 (móveis e acessórios de cozinha), formulado por Ômega S.A. Órgão Julgador: Segunda Turma Especializada. Relator: Desembargador Federal André Fontes. Julgado em 25.08.2007. Disponível em: <www.trf2.jus.br>. Acesso em 13 mar. 2015.

[19] BROLLO, 2006, p. 33.

[20] BRASIL. **Decreto Nº 3.551, de 04 de Agosto de 2000**. Institui o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro, cria o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 13 mar. 2015.

[21] BROLLO, 2006, p. 33.

[22] FIORILLO, 2012, p. 80.

[23] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 13 mar. 2015.

Conforme a NBR 6023:2000 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico publicado em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma: RANGEL, Tauã Lima Verdán. *O Sistema Nacional de Informações e Indicadores Culturais (SNIIC) em exame: Singelas Ponderações à Lei nº 12.343/2010*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 21 maio 2015.

DIREITO DE IR E VIR NA SOCIEDADE BRASILEIRA

**SILVIA HERMELINDA RODRIGUES
DIONISIO:** Estudante, Socio Gerente na Empresa
Estofados Madrid Sul.

1- INTRODUÇÃO:

O direito de ir e vir está expresso na constituição federal de 1988, que se encontra no artigo 5º, inciso XV: “É livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou sair com seus bens”

Todo cidadão tem direito de se locomover livremente nas ruas, nas praças, nos lugares públicos, sem temor de serem privados de locomoção”. A população de nosso país encontra algumas irregularidades no direito de ir e vir, muitas vezes o cidadão encontra dificuldade de se locomover nos municípios brasileiros devido a falta de estrutura das calçadas e dos meios de transporte oferecido pelos nossos governantes.

2- BREVE CONCEITO HISTORICO DO DIREITO DE IR E VIR

No fim do século XVIII Jaques Rousseau, defendia o direito de ir e vir. Segundo ele todos os homens nascem livres, e a liberdade faz parte da natureza do homem e dos direitos inalienáveis do homem seriam a garantia equilibrada da igualdade e da liberdade, é dele também a ideia

de que a organização social deve basear-se em um contrato social firmado entre todos os cidadãos que compõem a sociedade à partir do contrato social surgiu a vontade geral que a soberana e objetiva a realização do bem geral.

A liberdade foi assegurada pela Magna Carta, principalmente o direito dos barões em seu art.41 e 42, concedia aos comerciantes ou a qualquer pessoa (livre) a liberdade de sair e entrar na Inglaterra, para nela residir e a percorrer, tanto por terra como por mar ressalvadas as situações de guerra. A pós 500 anos da assinatura da Magna Carta, outra declaração de direitos dos homens foi a declaração de direitos da Virginia que defendia o direito à vida e a liberdade isto em 16 de junho de 1776. No entanto, o direito de ir e vir não foi explicitamente expressado na declaração (Luiza Dias Cassales).

A constituição de Portugal em 1822, sob a influência da Revolução Francesa conceituou a palavra liberdade como “*A faculdade que compete a cada um de fazer tudo que a lei não proíbe, enquanto que a conservação dessa liberdade depende da exata observância das leis*”. Este conceito, apesar de ter sido redigido há cerca de 180 anos, ainda é aplicado, tendo em vista que a única limitação imposta à liberdade individual e aquela decorrente da lei (Luiza Dias Cassales)

3- INTRODUÇÃO DO DIREITO DE LOCOMOÇÃO NO BRASIL

E nosso ordenamento jurídico, a primeira constituição outorgada em 25 de março de 1824, seguiu a mesma linha da constituição portuguesa de 1822, dedicando o título VIII à garantia dos direitos civis políticos do

cidadão brasileiro. No entanto a garantia de locomoção não era expressa, este direito estava implícito no art.178 (Luiza Dias Cassales).

O direito de locomoção foi expressamente garantido pela primeira constituição republicana, por dispositivo com a seguinte redação: *“Em tempo de paz, qualquer pessoa pode entrar em território nacional ou dele sair, com sua fortuna e bens, quando lhe convier, independentemente de passaporte ”* (Luiza Dias Cassales) .

Na constituição de 1934 repetiu expressamente essa garantia, resalvando a exigência de passaporte. Em 1937 a carta política, no art.122, II, garantiu apenas aos brasileiros o direito de circulação em território nacional, não se pronunciou em relação aos estrangeiros. Em 1946 a constituição, no art.142, assegurou o direito de circulação a qualquer pessoa, respeitando os limites da lei (Luiza Dias Cassales).

O direito de ir e vir ou direito de locomoção, foi sendo introduzido em nossa legislação a século atrás, e hoje se encontra no art.5º Inciso XV da nossa constituição federal, garantindo a todos esse direito (Brasil, 1988).

4- O DIREITO DE IR E VIR NA SOCIEDADE BRASILEIRA

As calçadas de algumas cidades brasileiras não dá condição ao pedestre de circular por elas, por conter degraus , pisos irregulares , construções inadequadas sobre as mesmas , entre outras irregularidades.

O cadeirante não tem como utilizar esse espaço para se locomover , necessitando utilizar as ruas como meio de locomoção , desta forma correndo risco de vida.

Em algumas comunidades do país o morador é impedido de circular pelas ruas após o toque de recolher , regras estabelecidas por traficantes

e organizações criminosas , levando aos moradores a se submeterem a esse comando , tirando o direito de ir e vir dos moradores

Outro aspecto da liberdade de ir e vir seria o direito da população de andar pelas ruas , praças , locais públicos , para e estacionar seu veiculo sem que tenha que pagar qualquer taxa que seja , pois as vias publicas são de uso comum da população , mas em regra em algumas localidades há esta cobrança , os chamados em alguns municípios de zona azul.Já dizia em 1946(Sampaio Dória)”Podem todos locomover livremente nas ruas , nas praças , nos lugares públicos , sem temor de serem privados de locomoção”.Mas essa realidade vista por Sampaio Doria tem sido vencida pela violência , os roubos e assaltos traz medo a população que deixa de frequentar alguns lugares públicos por falta de segurança.

Nos grandes centros urbanos a mobilidade tem sido um grande problema para a população com a falta de meios de transportes dignos para se locomoverem , limitando o direito de ir e vir do cidadão.Esse direito também é negado aos deficientes físicos , sua locomoção é bastante limitado.

5- OS PEDAGIOS NAS RODOVIAS BRASILEIRAS

As rodovias são bens públicos de uso comum (inciso I art.66 do cc) , a limitação quanto á gratuidade , está contida no art.68 do código civil brasileiro , que dispõe , que o uso comum dos bens públicos pode ser gratuito ou renumerado , conforme o que for estabelecido por lei.

O pedágio é uma forma de arrecadação de recursos para a construção e manutenção das estradas, essa cobrança em regra em algumas regiões as rodovias, onde há a cobrança de pedágio se encontram em boas condições de uso, porém a cobrança dos pedágios

transfere aos usuários, ou seja a sociedade o ônus pela conservação das rodovias , trazendo aumento de custos dos transportes de bens e serviços para a população.

Com algumas ressalvas, podemos distinguir a taxa do preço dizendo que a taxa constitui uma receita derivada e o preço originária; a taxa é exigida em decorrência do poder fiscal do Estado, o que não acontece com o preço; a taxa é uma contribuição compulsória e o preço é uma contribuição facultativa: a taxa é fixada em lei e o preço pela autoridade administrativa competente , sendo assim o uso das estradas brasileiras que tem a cobrança de pedágios , somente podem ser utilizadas com o pagamento dessas taxas , o livre direito de ir e vir está condicionada a esse pagamento.

6- CONCLUSÃO

O direito de ir e vir , o direito a liberdade , está garantido pelo inciso XV do art.5 da Constituição Federal de 1988, não é absoluto , visto que está limitada e condicionada pelas normas de convivência social e nos termos da lei.O direito de ir e vir faz parte do direito natural do ser humano , devendo ser limitado apenas para o bom convívio em sociedade .A liberdade do cidadão não pode ser condicionada a cobrança de taxas ou regras impostas por outro , ferindo a constituição que garante a todo o cidadão de bem o direito de ir e vir.

7- REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

Rousseau, Jean Jacques. O Contrato social. Editora Ridendo Castigat Moraes, 2002.

BRASIL. Constituição Federal, 1988.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo
23ª Ed. Editora Malheiros, São Paulo, SP, 2003.

DIAS, Luiza Cassales, Juíza aposentada do TRF da 4ª Região,
Direito de ir e vir publicado na revista jurídica n° 294, p.25.

Conforme a NBR 6023:2000 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico publicado em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma: DIONISIO, Silvia Hermelinda Rodrigues. *Direito de ir e vir na sociedade brasileira*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 21 maio 2015. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.53479>>. Acesso em: 23 maio 2015.

ALTERAÇÕES QUALITATIVAS E QUANTITATIVAS DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS - DISTINÇÕES

SADI TOLFO JUNIOR: Advogado da União. Especialista em Direito Público e Direito Administrativo. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria/RS. Assistente da Coordenação-Geral de Assuntos Estratégicos da Consultoria Jurídica do Ministério da Integração Nacional.

RESUMO: As cláusulas exorbitantes são prerrogativas especiais conferidas à Administração na relação do contrato administrativo, em virtude de sua posição de supremacia em relação à parte contratada. Como decorrência desta prerrogativa ela pode alterar unilateralmente o contrato administrativo, nas hipóteses previstas nas alíneas do art. 65, I, da Lei 8.666/1993. Nessas alíneas são elencadas as ditas alterações qualitativas e quantitativas dos contratos administrativos, cuja distinção, na praxe administrativa, nem sempre é facilmente perceptível ao intérprete. Por vezes, há uma linha tênue que separa as espécies, exigindo acuidade na análise do caso concreto. Por conta disso, buscando aportar maior praticidade no cotejo entre os institutos, buscar-se-á no presente trabalho traçar uma diferenciação entre ambos.

Palavras-chave: Licitação. Contrato Administrativo. Alterações unilaterais qualitativas e quantitativas.

ABSTRACT: The exorbitant clauses are special privileges granted to Directors in respect of the administrative contract, by virtue of their position of power in relation to the contracted party. As a result of this prerogative is the power conferred on the Administration unilaterally

change the administrative contract, in the cases provided for in paragraphs of art. 65, I, of Law 8.666/1993. Those points are listed said qualitative and quantitative changes in administrative contracts. In administrative practice the distinction between these two species is not always readily apparent to the interpreter. Sometimes there is a fine line between the institutes, requiring accuracy in the analysis of the case. Because of this, seeking to contribute more practical in comparison between the institutes, will be sought in this study to draw a distinction between them.

Keywords: Bidding. Administrative contract. Qualitative and quantitative unilateral changes.

1. INTRODUÇÃO

Conforme lição cunhada pelo Professor Celso Antônio Bandeira de Mello, dois princípios constituem pedra de toque fundamental, sob a qual está assentado o regime jurídico administrativo: a supremacia do interesse público e a indisponibilidade deste interesse.

Acerca destes princípios, o autor ensina que:

a) *Supremacia do interesse público sobre o privado*

Trata-se de verdadeiro axioma reconhecível no moderno Direito Público. Proclama a superioridade

do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o do particular, como condição, até mesmo, da sobrevivência e asseguramento desse último.

É pressuposto de uma ordem social estável, em que todos e cada um possam sentir-se garantidos e resguardados.

No campo da Administração, deste princípio procedem as seguintes consequências ou princípios subordinados:

a) posição privilegiada do órgão encarregado de zelar pelo interesse público e de exprimi-lo, nas relações com os particulares.

b) posição de supremacia do órgão nas mesmas relações.

(...)

c) Indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos

A indisponibilidade do interesse público significa que, sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público -, não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo

que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los – o que é também um dever – na estrita conformidade do que predisuser a intentio legis. Diversamente dos direitos de defesa, mediante os quais se cuida de preservar e proteger determinada posição (conservação de uma situação existente), os direitos sociais de natureza positiva (prestacional) pressupõem seja criada ou colocada à disposição a prestação que constitui seu objeto, já que objetivam a realização da igualdade material, no sentido de garantirem a participação do povo na distribuição pública de bens materiais e imateriais¹¹.

Se à administração é confiada a tutela do interesse coletivo, consistindo este no somatório dos interesses individuais, segundo o renomado autor, a tutela deste valor envolve, de um lado, a delegação de prerrogativas à administração para tal fim, e de outro, a proibição de dispor acerca de um interesse que não lhe pertence.

Para que a Administração possa exercer com eficiência a tutela deste interesse (interesse público), é preciso que seja dotada de instrumentos aptos a atingir esse objetivo, garantindo-lhe prerrogativas capazes de colocá-la em posição de superioridade, em face daquele que tutela um interesse sem esse adjetivo.

É neste cenário que, no âmbito dos contratos administrativos, encontram-se as cláusulas exorbitantes.

José dos Santos Carvalho Filho, que denomina tais cláusulas como “cláusulas de privilégio”, ensina que^[2]:

Cláusulas de privilégio, também denominadas de cláusulas exorbitantes, são as prerrogativas especiais conferidas à Administração na relação do contrato administrativo em virtude de sua posição de supremacia em relação à parte contratada.

Tais cláusulas constituem verdadeiros princípios de direito público, e, se antes eram apenas enunciadas pelos estudiosos do assunto, atualmente transparecem no texto legal sob a nomenclatura de “prerrogativas” (art. 58 do Estatuto). São esses princípios que formam a estrutura do regime jurídico de direito público, aplicável basicamente aos contratos administrativos (art. 54, Estatuto).

Como demonstrado no trecho colacionado, as cláusulas exorbitantes, nos contratos administrativos, estão previstas no artigo 58, no qual são arroladas uma série de prerrogativas delegadas à Administração para tutela do interesse público.

Dentre estas prerrogativas, o inciso I traz o poder conferido à Administração de modificar os contratos unilateralmente para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado.

Nas alíneas do artigo 65, I, da Lei 8.666/1993, são elencadas as diferentes espécies de alterações unilaterais dos contratos administrativos, denominadas de: qualitativas e quantitativas.

A diferenciação entre estas espécies, na praxe administrativa, nem sempre é facilmente perceptível ao intérprete. Por vezes, há uma linha tênue que separa os institutos, exigindo acuidade na análise do caso concreto. Por conta disso, é preciso desenvolver parâmetros seguros que aportem maior praticidade no cotejo entre ambos, conforme será abordado adiante.

2. ALTERAÇÕES QUALITATIVAS E QUANTITATIVAS DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS – DISTINÇÕES

A deflagração de um procedimento licitatório com vista à assinatura de um contrato administrativo deve estar estimada numa fase inicial de planejamento, na qual à Administração, com base em estudos e pesquisas, diante de projetos e memoriais descritivos, estimará o melhor modo de executar uma obra ou serviço, e determinará quanto custará aos cofres públicos.

Por meio de um planejamento adequado, detalhado, e bem executado, evita-se dispêndios desnecessários ao erário, imprimindo-se economicidade às contratações públicas.

Em vários de seus preceitos, a Lei 8.666/93 reflete a relevância acima descrita. Basta ler os seguintes dispositivos: o artigo 6º, IX e X, dispõem acerca do projeto básico e executivo; o artigo 7º e seus parágrafos, ao descrever as etapas a serem observadas nas licitações de obras e serviços, exigem para seu prosseguimento que haja projeto básico e orçamento detalhado em planilhas; o artigo 14 determina que nas compras haja adequada caracterização do objeto, e indicação dos recursos orçamentários; o artigo 40, I, §2º, I e II, estabelece como obrigatório que se indique no edital o objeto licitado, em descrição sucinta e clara, dele fazendo parte, como anexos, o projeto básico e/ou executivo, com todas as suas partes, desenhos, especificações e outros complementos, assim como orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários; e, por fim, cita-se o artigo 55, que estabelece como cláusula necessária de todo contrato, dentre outras, a que estabeleça o objeto e seus elementos característicos.

A despeito da necessidade de um planejamento adequado, na prática administrativa, não raras são as situações em que, após assinatura e início da execução de um contrato, verifica-se a impossibilidade de continuar sua execução tal como planejado, recomendando alterações para que o objeto possa ser concretizado.

No direito privado, marcado pela horizontalidade das relações, estando as partes contratantes em pé de igualdade, vigora o princípio da autonomia da vontade. Neste ramo do direito, os contratantes podem pactuar alterações nos ajustes, desde que manifestem livremente sua intenção.

No direito administrativo, por outro lado, em razão da supremacia e indisponibilidade do interesse público que norteia as relações administrativas, tem-se uma relação de verticalidade, ocupando uma das partes posição de vantajosidade.

Tal posição permite à Administração alterar unilateralmente os contratos administrativos, mesmo não havendo aquiescência do particular. Tem-se, em verdade, um poder institucionalizado de alteração dos ajustes, delegado à pessoa jurídica de direito público.

Sobre essa prerrogativa, Hely Lopes Meirelles^[3] ensina que:

Nenhum particular adquire o direito à imutabilidade do contrato ou à sua execução integral, ou ainda, às suas vantagens in specie, porque isto equivale a subordinar o interesse público ao interesse individual do contratado.

Se de um lado garante-se a Administração o poder de alterar unilateralmente os contratos, de outro, lembra-se que vigora no direito administrativo o princípio da legalidade.

Na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello^[4]:

(...) o princípio da legalidade é o da completa submissão da Administração às leis. Esta deve tão-somente obedecê-las, cumpri-las, pô-las em prática. Daí que a atividade de todos os seus agentes, desde o que ocupa a cúspide, isto é, o Presidente da República, até o mais modesto dos servidores, só pode ser a de dóceis, reverentes, obsequiosos cumpridores das disposições gerais fixadas pelo Poder Legislativo, pois esta é a posição que lhes compete no Direito brasileiro.

Michel Stassinopoulos, em fórmula sintética e feliz, esclarece que, além de não poder atuar contra legem ou praeter legem, a Administração só pode agir secundum legem.

(...)

Nos termos do art. 5º, II, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Aí não se diz “em virtude de” decreto, regulamento, resolução, portaria ou quejandos. Diz-se “em virtude de lei”. Logo, a Administração não poderá proibir ou impor comportamento algum a terceiro, salvo se estiver previamente embasada em determinada lei que lhe

faculte proibir ou impor algo a quem quer que seja. Vale dizer, não lhe é possível expedir regulamento, instrução, resolução, portaria ou seja lá que ato for para coartar a liberdade dos administrados, salvo se em lei já existir delineada a contenção ou imposição que o ato administrativo venha a minudenciar.

Assim, à Administração, ao contrário do particular, não é dado fazer tudo o que a lei não veda, mas somente aquilo que estiver expressamente autorizado no diploma normativo. É na lei que o intérprete deve buscar a forma e os limites em que a alteração unilateral pela Administração terá abrigo no âmbito das contratações públicas.

Atendendo ao proclame, o artigo 65 da Lei 8.666/93 dispõe acerca da alteração dos contratos administrativos. Eis o texto do dispositivo:

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

I - unilateralmente pela Administração:

a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos;

b) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei;

II - por acordo das partes:

a) quando conveniente a substituição da garantia de execução;

b) quando necessária a modificação do regime de execução da obra ou serviço, bem como do modo de fornecimento, em face de verificação técnica da inaplicabilidade dos termos contratuais originários;

c) quando necessária a modificação da forma de pagamento, por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial atualizado, vedada a antecipação do pagamento, com relação ao cronograma financeiro fixado, sem a correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço;

d) (VETADO).

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou

fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de conseqüências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual. [Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994](#))

§ 1º O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos.

§ 2º Nenhum acréscimo ou supressão poderá exceder os limites estabelecidos no parágrafo anterior.

§ 2º Nenhum acréscimo ou supressão poderá exceder os limites estabelecidos no parágrafo

anterior, salvo: (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

I - (VETADO) (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)

II - as supressões resultantes de acordo celebrado entre os contratantes. (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)

§ 3º Se no contrato não houverem sido contemplados preços unitários para obras ou serviços, esses serão fixados mediante acordo entre as partes, respeitados os limites estabelecidos no § 1º deste artigo.

§ 4º No caso de supressão de obras, bens ou serviços, se o contratado já houver adquirido os materiais e posto no local dos trabalhos, estes deverão ser pagos pela Administração pelos custos de aquisição regularmente comprovados e monetariamente corrigidos, podendo caber indenização por outros danos eventualmente decorrentes da supressão, desde que regularmente comprovados.

§ 5º Quaisquer tributos ou encargos legais criados, alterados ou extintos, bem como a

superveniência de disposições legais, quando ocorridas após a data da apresentação da proposta, de comprovada repercussão nos preços contratados, implicarão a revisão destes para mais ou para menos, conforme o caso.

§ 6º Em havendo alteração unilateral do contrato que aumente os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial.

§ 7º (VETADO)

§ 8º A variação do valor contratual para fazer face ao reajuste de preços previsto no próprio contrato, as atualizações, compensações ou penalizações financeiras decorrentes das condições de pagamento nele previstas, bem como o empenho de dotações orçamentárias suplementares até o limite do seu valor corrigido, não caracterizam alteração do mesmo, podendo ser registrados por simples apostila, dispensando a celebração de aditamento.

No artigo 65 são elencadas as diferentes hipóteses de alterações nos contratos administrativos, sejam elas unilaterais (inciso I) ou consensuais (inciso II). A redação do inciso I, de forma didática e

sistemática, diferencia nas suas alíneas as diferentes hipóteses de alterações unilaterais dos contratos administrativos.

Assim, no inciso I, alínea “a”, autoriza-se a alteração contratual, pela administração, quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos. Trata-se da alteração dita **qualitativa**.

De outro norte, na alínea “b” do mesmo inciso, autoriza-se que a Administração altere o contrato quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos pela lei. Nesse caso, trata-se da alteração dita **quantitativa**.

Marçal Justen Filho^[5] diferencia as espécies nos seguintes termos:

7) Modificações Qualitativas: Alteração do Projeto ou de suas Especificações

A melhor adequação técnica supõe a descoberta ou a revelação de circunstâncias desconhecidas acerca da execução da prestação ou a constatação de que a solução técnica anteriormente adotada não era mais a adequada. Os contratos de longo prazo ou de grande especialização são mais suscetíveis a essa modalidade de alteração. Não há muito

cabimento para essa hipótese em contratos de execução instantânea ou cujo objeto seja simples e sumário.

A hipótese de al. “a” compreende as situações em que se constata supervenientemente a inadequação da concepção original, a partir da qual se promovera a contratação. Tal pode verificar-se em vista de eventos supervenientes. Assim, por exemplo, considere-se a hipótese de descoberta científica, que evidencia a necessidade de inovações para ampliar ou assegurar a utilidade inicialmente cogitada pela Administração.

Também se admite a incidência do dispositivo para respaldar modificações derivadas de situações preexistentes, mas desconhecidas por parte dos interessados. O grande exemplo é o das “sujeições imprevistas”, expressão clássica do direito francês e que indica eventos da natureza ou fora do controle dos seres humanos, existentes por ocasião da contratação mas cuja revelação se verifica apenas por ocasião da execução da prestação. O grande exemplo é o da falha geológica de terreno, que impede a implantação da obra tal como inicialmente prevista.

8) Modificações quantitativas.

Com redação esdrúxula, al. “b”, refere-se a alterações quantitativas do objeto contratado. A dificuldade reside em a lei utilizar como parâmetro não a prestação propriamente dita, mas o valor do contrato. Admite que a Administração introduza alterações (acréscimos e supressões) que acarretem modificação de até 25% no valor inicial do contrato, quando se tratar de obras, serviços ou compras; quando se tratar de reforma de edifício ou equipamento, o limite será de 50%. Como apurar o valor da alteração? Não haverá dificuldade quando o contrato versar sobre unidades específicas e divisíveis, cujo valor individual possa ser discriminado. Quando, porém, existir preço global, torna-se inviável estimar a dimensão econômica do acréscimo ou da supressão. Suponha-se, por exemplo, o contrato para a construção de uma edificação. Poder-se-ia afirmar que a redução de 25% da metragem da quadrada da obra corresponderia a uma redução de 25% do preço? É evidente que não. Diante dessa dificuldade, a lei determina que a ausência de preços unitários no contrato será solucionada através de comum acordo entre as partes. Logo, o problema é remetido para o

âmbito negocial, escapando da prerrogativa unilateral da Administração.

Mesmo quando existirem preços unitários, continuam a existir problemas. A lei olvida os princípios básicos de uma economia de escala. Quanto maior a quantidade, tanto menor o custo unitário. Logo, não se pode cogitar de simples redução ou acréscimo em quantidades. Reduzir 25% nas quantidades não significa reduzir 25% do preço; acrescentar 25% nas quantidades não importa obrigatoriamente acrescentar 25% do preço; Em uma economia de escala, a redução ou o acréscimo nas quantidades podem não ser acompanhados de variações proporcionais e equivalentes no preço. Portanto, o particular tem direito de exigir elevação no preço unitário quando forem reduzidas as quantidades desde que demonstre que a alteração do seu preço de custo. Por igual, a Administração pode impor a redução do preço unitário quando o acréscimos reduzir o custo.

Nada obstante as importantes colocações do autor, diferenciando as espécies de alteração unilateral, na praxe administrativa essa distinção nem sempre é facilmente perceptível ao

intérprete. Por vezes, há uma linha tênue que separa os institutos, exigindo acuidade na análise do caso concreto.

Por conta disso, buscando aportar maior praticidade no cotejo entre os institutos, é de grande valia os critérios trazidos pelo Tribunal de Contas da União no julgamento do Acórdão nº 215/1999-plenário.

Naquela ocasião, valendo-se do ensinamento de Eros Roberto Grau, o Tribunal exemplificou, de modo didático, a diferença entre alteração qualitativa e quantitativa tomando como exemplo a pavimentação de 100 quilômetros de uma rodovia.

Explicou o Tribunal, em suma, que se o objeto contratado é a pavimentação de 100 quilômetros de uma rodovia, e, por determinado motivo (a fim de atingir o interesse público), a Administração resolve pavimentar mais 10 quilômetros dessa rodovia, nesse caso, tem-se uma alteração quantitativa. Altera-se a dimensão do objeto contratado (o qual, no caso, é acrescido).

Por outro lado, se durante a fase de planejamento a Administração previu que para executar a pavimentação de 100 quilômetros da rodovia eram necessários 1.000m³ de terraplanagem, mas, por circunstâncias supervenientes, constatou-se que seriam necessários 1.200m³ (para a realização dos mesmos 100 quilômetros de rodovia), tem-se, nesse caso, uma alteração qualitativa.

Desta explanação se extrai que a alteração qualitativa é uma condicionante para realização do próprio objeto contratado. Ela não serve como mecanismo para acrescer ou diminuir o objeto inicialmente previsto, mas como instrumento para que ele possa ser atingido.

Já a alteração quantitativa, a seu turno, constitui alteração no próprio objeto contratado, acrescentando-o ou diminuindo-o. Se não realizada, o objeto inicialmente ajustado será concluído, mas nos moldes delineados no escopo originalmente planejado.

Nesse sentido, é o entendimento cunhado pelo Tribunal de Contas da União na decisão já citada:

Contudo, nas modificações quantitativas, a dimensão do objeto pode ser modificada dentro dos limites previstos no § 1.º do art. 65 da Lei 8.666/93, isto é, pode ser adquirida uma quantidade de bicicletas maior do que o originalmente previsto, desde que o acréscimo, em valor, não ultrapasse 25% do valor inicial atualizado do contrato. As alterações qualitativas, por sua vez, decorrem de modificações necessárias ou convenientes nas quantidades de obras ou serviços sem, entretanto, implicarem mudanças no objeto contratual, seja em natureza ou dimensão.

(...)

Além de consensuais, sustentamos que tais alterações devem ser necessariamente qualitativas. Estas, diferentemente das Quantitativas - que não configuram embaraços à execução do objeto como inicialmente avençado -, ou são imprescindíveis ou viabilizam a realização do objeto.

Sem a implementação das modificações qualitativas não há objeto e, por conseguinte, não há a satisfação do interesse público primário que determinou a celebração do contrato. Relembrando o exemplo de alterações qualitativas que aduzimos, verifica-se que, sem o acréscimo dos serviços de terraplanagem, não seria possível a realização dos 100km de pavimentação.

Distinta é a situação, quando a modificação contratual visa a aumentar a extensão da via de 100 para 150km - alteração quantitativa. Nesse caso, a não-alteração do contrato não impede a realização do interesse público que determinou a sua celebração, pelo menos parcialmente, uma vez que não configura óbice à execução dos 100km

da via, inicialmente contratados. **Alterações qualitativas são também aquelas decorrentes de modificações de projeto ou de especificações, para melhor adequação técnica aos objetivos da Administração (art. 65, I, a). Objetivo da Administração é a satisfação do interesse público.**

A modificação do projeto ou especificação pode ser necessária independentemente de o fato motivador ser superveniente ou de conhecimento superveniente. Tal fato, comungando a opinião de ANTÔNIO CARLOS CINTRA DO AMARAL (ob. cit., pp. 128/129), pode ser um 'fato da natureza quanto outro', desde que extrínsecos à relação contratual, pode ser, ainda, o 'domínio de nova tecnologia mais avançada' ou a 'disponibilidade de equipamentos tecnicamente mais aperfeiçoados'.

Talvez a solução delineada no exemplo não seja capaz de equacionar todas as situações em que o intérprete se deparar com a necessidade de diferenciar as alterações qualitativas e quantitativas. Não se quer, de modo algum, aportar uma solução simplista, de modo que a

distinção entre os institutos passará pela análise da alteração ser indispensável, ou não, à consecução do objeto contratado. O que se quer é facilitar a compreensão entre os institutos, alargando o espectro de interpretação a depender da situação colocada em tela. Na verdade, em situações mais complexas, é a análise detida do caso concreto quem dirá qual a solução a ser adotada pelo intérprete.

3. CONCLUSÃO

As cláusulas exorbitantes são prerrogativas especiais conferidas à Administração na relação do contrato administrativo, em virtude de sua posição de supremacia em relação à parte contratada.

Como decorrência desta prerrogativa ela pode alterar unilateralmente o contrato administrativo, nas hipóteses previstas nas alíneas do art. 65, I, da Lei 8.666/1993. Nessas alíneas são elencadas as ditas alterações qualitativas e quantitativas dos contratos administrativos, cuja distinção, na praxe administrativa, nem sempre é facilmente perceptível ao intérprete. Por vezes, há uma linha tênue que separa as espécies, exigindo acuidade na análise do caso concreto.

Viu-se neste trabalho que as alterações qualitativas visam concretizar o objeto inicialmente ajustado, sem alteração de sua natureza ou dimensão, alterando-se as obras ou serviços complementares, necessários à sua execução.

Por sua vez, as alterações quantitativas modificam o próprio objeto contratado, alterando-o, acarretando mudanças na equação econômico-financeira originalmente ajustada.

Nos ditames do artigo 65, I, a alteração qualitativa se dá nos casos de modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos. Já a alteração quantitativa, será a simples alteração na dimensão do objeto contratado, acarretando modificação do valor inicialmente ajustado.

De outro norte, ressalta-se que essa diferenciação não é capaz de equalizar todas as situações envolvendo os institutos, de forma que a distinção entre ambos tenha de passar, necessariamente, pela análise da alteração ser indispensável, ou não, à consecução do objeto contratado. Os parâmetros definidos no presente trabalho tiveram o desiderato de facilitar a compreensão entre os institutos, abrangendo o espectro de interpretação a depender da situação colocada em tela. Na verdade, em situações mais complexas, é a análise detida do caso concreto quem dirá qual a solução a ser adotada pelo intérprete.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 21ª Ed. Malheiros, São Paulo, 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo, Atlas, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. 11ª Ed. Malheiros, São Paulo, 1996.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 16ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 9ª Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1979.

GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 13.ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de direito administrativo*. 7. ed. Salvador: JusPODIVM, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 24. ed São Paulo: Atlas, 2011.

TÁCITO, Caio. Contrato administrativo: alteração quantitativa e qualitativa: limites de valor. BLC – Boletim de Licitações e Contratos.

CAMMAROSANO, Márcio. *Aditamentos qualitativos e quantitativos dos contratos administrativos e os limites legais*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, nº. 18, 2012. Disponível em:<<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 24 de junho de 2014.)

LOBATO, Marcelo Costa e Silva. *Licitações e Contratos Administrativos como vetores do interesse público primário*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 23 nov. 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.40742>>. Acesso em: 25 abril de 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Extensão das Alterações dos Contratos Administrativos: a questão dos 25%*. Revista Eletrônica de direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 4, nov/dez 2005, jan 2006. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 24 de junho de 2014.

Tribunal de Contas da União, Acórdão nº 215/1999-plenário.

NOTAS:

[1] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 21ª Ed. Malheiros, São Paulo, 2006. Pg. 66/70.

[2] CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 27ª ed. São Paulo, Atlas, 2014. Pg 193.

[3] MEIRELLES, Hely Lopes. Licitação e contrato administrativo. 11ª Ed. Malheiros, São Paulo, 1996. Pg 164.

[4] DE MELLO, Celso Antônio Bandeira, Curso de Direito Administrativo, 21ª ed., São Paulo, 2006, ed. Malheiros, pgs 94-98.

[5] Justen Filho, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 10ª ed. São Paulo: Dialética, 2004, fls. 525/526.

Conforme a NBR 6023:2000 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico publicado em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma: TOLFO JUNIOR, Sadi. *Alterações qualitativas e quantitativas dos contratos administrativos - distinções*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 20 maio 2015. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.53472>>. Acesso em: 23 maio 2015.

A (IN) COMPATIBILIDADE NA ABOLIÇÃO DAS IMUNIDADES EM GERAL E DAS PRERROGATIVAS DE FORO POR EXERCÍCIO DE FUNÇÃO, PREVISTA NO TRATADO DE ROMA DO TPI, DIANTE DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

ROSEMARY GONÇALVES MARTINS: Advogada. Graduada em Direito pela Universidade Nove de Julho - UNINOVE (Turma 01/2009 - 02/2013).

RESUMO

O presente artigo objetiva promover um enfoque do Estatuto de Roma, que instituiu o TPI, de modo a destacar o eventual conflito (antinomia) apontado pela doutrina do dispositivo desse Estatuto que prevê a abolição das imunidades em geral e das prerrogativas de foro por exercício de função, frente ao dispositivo constitucional que impõe respeito a elas. Para a plena compreensão da gênese e princípios do TPI imperioso se faz um retorno aos seus precedentes jurídicos, através do estudo da evolução dos Tribunais Penais Internacionais até a instituição e funcionamento efetivo da Corte Penal Internacional (CPI) – *International Criminal Court (ICC)*. Segue-se uma análise de suas principais características, competência e crimes tipificados pelo Estatuto (genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e agressão). Ato contínuo, será apresentada a já mencionada incompatibilidade em relação ao texto do Estatuto e a Lei Maior. Serão elas: reais ou aparentes? Por fim, conclui-se que a inconstitucionalidade intrínseca advinda da incorporação do Tratado de Roma ao ordenamento jurídico

brasileiro, no tocante à abolição das imunidades em geral e das prerrogativas de foro por exercício de função, é apenas aparente. Logo, pretende-se demonstrar que a alegada incompatibilidade, mesmo naqueles aspectos que versem sobre cláusulas pétreas, inexistente, porquanto o texto expresso no Estatuto de Roma do TPI é complementar e se coaduna com o ordenamento constitucional brasileiro.

Palavras-chave: Tribunal Penal Internacional. Estatuto de Roma. Imunidades em geral. Prerrogativas de foro por exercício de função. Constituição Federal.

INTRODUÇÃO

O estudo do TPI trilha o mesmo caminho da História da humanidade, estando intrinsecamente aliado às incontáveis violações de direitos humanos por ela sofridos ao longo dessa caminhada.

Com a eclosão da Segunda Guerra Mundial e, sobretudo, por ocasião do seu término, a comunidade internacional saltou etapas e, invertendo a lógica da destruição, começou a repensar a noção de soberania nacional absoluta de outrora para construir um arraigado conceito de soberania, assentado no princípio da dignidade humana, com vistas à reconstrução. Assim, diante desses prenúncios, planta-se a semente para que o ser humano adquira o direito a ter direitos, tornando-se sujeito de direitos e deveres no plano internacional. A partir desse momento haveria o estabelecimento da responsabilidade internacional pessoal.

A princípio a aplicação da responsabilidade penal individual encontrou um óbice na inexistência de órgãos internacionais que aplicassem as normas de Direito Penal em âmbito internacional. A partir daí, a idéia da instituição de uma jurisdição internacional passou a afigurar como um dos temas mais instigantes da humanidade.

A verdade é que naquele momento a instituição de um tribunal permanente que venha a julgar e punir os mais terríveis crimes praticados contra a humanidade e que, desta forma desestimule ações do mesmo tipo por outros criminosos, de modo a atacar as violações frontais aos direitos humanos em termos repressivos (condenando os culpados) e preventivos (inibindo a tentativa de repetição dos crimes cometidos) representava, antes de tudo, um dever para com as vítimas e futuras gerações.

Esse processo, posteriormente a uma longa gestação, culminou com a criação do Estatuto de Roma e estabelecimento do TPI.

O Estatuto de Roma, responsável pela criação do TPI, foi ratificado por mais de 100 Estados (mais precisamente: 120), sendo que esse ato de aceite, realizado em manifestação de sua soberania, gera ao Estado-signatário o compromisso de cooperar com a Corte em seus atos e decisões.

Entretanto, esse comprometimento solenemente estabelecido em alguns pontos do texto normativo do Estatuto de Roma parece se contrapor a disposições previstas no direito interno de alguns Estados-partes – Ou, ainda, pior: Podem surgir eventuais incompatibilidades em

relação a valores constitucionalmente consagrados de alguns Estados que aderiram a esse Tratado internacional.

No caso do Brasil, que foi um dos signatários originais do Estatuto do TPI, a situação não foi diferente. Considerando-se que o Brasil possui como um de seus fundamentos a soberania, no Estatuto de Roma constam alguns dispositivos que, em tese, são incongruentes com relação ao ordenamento constitucional brasileiro. Diante desse impasse surge a problemática: Como proceder frente a esse dilema? Seriam esses dispositivos inconstitucionais e, por isso, não poderiam ser recepcionados pela Constituição Federal ou haveria uma solução a fim de compatibilizá-los com a ordem jurídica brasileira?

Sendo o cerne do tema que se propõe a ser tratado o liame estabelecido entre o Estatuto de Roma do TPI e a Constituição Federal brasileira de 1988, especialmente a abolição das imunidades em geral e das prerrogativas de foro por exercício de função ante à previsão constitucional que impõe respeito a elas. E sobre essa problemática que se debruçará o estudo a ser desenvolvido no presente artigo científico.

1. A TRAJETÓRIA DA CONCEPÇÃO DE UM TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL: O CAMINHAR DE UMA IDEIA

A ideia de conceber uma jurisdição penal internacional não é recente. A trajetória da concepção de um Tribunal Penal Internacional trilhou um longo caminho. Enfim, foi uma longa gestação até que viesse a gênese do TPI.

1.1 Do surgimento dos Tribunais Militares aos Tribunais *ad hoc* no século XX: A evolução histórica dos Tribunais

São precedentes históricos do TPI:

- a) Tribunal de Leipzig;
- b) Tribunal Militar Internacional de Nuremberg;
- c) Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente;
- d) TPI *ad hoc* para a Bósnia ou extinta Iugoslávia; e,
- e) TPI *ad hoc* para Ruanda.

2. O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

Extirpando-se a prática de tribunais *ad hoc*, vem a lume o Tribunal Penal Internacional. No ano de 2002 surgiu a primeira Corte internacional permanente com jurisdição sobre pessoas acusadas de cometerem graves violações aos direitos humanos: o TPI, criado pelo Estatuto de Roma.^[1]

No ano de 2002, durante a Conferência Diplomática dos Plenipotenciários^[2] das Nações Unidas, o Estatuto de Roma (também conhecido como Tratado de Roma ou, ainda, Convenção de Roma) do Tribunal Penal Internacional foi afinal aprovado por cento e vinte Estados, em 17 de julho de 1998, contra apenas sete votos – China, Estados Unidos, Iêmen, Iraque, Israel, Líbia e Qatar – e vinte e uma abstenções, notadamente a da Índia.^[3]

Nas palavras da ilustre Piovesan (2008, p. 223-224):

Surge o Tribunal Penal Internacional como aparato complementar às cortes nacionais, com o objetivo de assegurar o fim da impunidade para os mais graves crimes internacionais, considerando que, por vezes, na ocorrência de tais crimes, as

instituições nacionais se mostram falhas ou omissas na realização da justiça. Afirma-se, desse modo, a responsabilidade primária do Estado com relação ao julgamento de violações de direitos humanos, tendo a comunidade internacional a responsabilidade subsidiária. Vale dizer, a jurisdição do Tribunal Internacional é adicional e complementar à do Estado, ficando, pois, condicionada à incapacidade ou à omissão do sistema judicial interno. O Estado tem, assim, o dever de exercer sua jurisdição penal contra os responsáveis por crimes internacionais, tendo a comunidade internacional a responsabilidade subsidiária.

Como enuncia o art. 1º do Estatuto de Roma, a jurisdição do Tribunal é adicional e complementar à do Estado, ficando condicionada à incapacidade ou à omissão do sistema judicial interno.

Dessa forma, o Estatuto busca equacionar a garantia do direito à justiça, o fim da impunidade e a soberania do Estado, à luz do princípio da complementaridade e do princípio da cooperação.

A Corte Penal Internacional (CPI), também conhecida como Tribunal Penal Internacional (TPI) – *International Criminal Court (ICC)* –, instituição dotada de personalidade jurídica própria, passou a existir juridicamente a partir da data de 1º de julho de 2002 – quatro anos

depois da adoção do Estatuto de Roma, que previu a sua criação –, mas seu funcionamento efetivo apenas iniciara em maio de 2003.

Segundo o Estatuto de Roma, o Tribunal Penal Internacional é uma pessoa jurídica de Direito Internacional com capacidade necessária para o desempenho de suas funções e de seus objetivos. O Tribunal poderá exercer os seus poderes e funções nos termos do seu Estatuto, no território de qualquer Estado parte e, por acordo especial, no território de qualquer outro Estado (art. 4º, §§ 1º e 2º).^[4]

O TPI trata-se da primeira instituição global **permanente, universal e imparcial** de justiça penal da História da humanidade, dotada de princípios previamente definidos, em contraponto aos tribunais *ad hoc* que o precederam, instituída para investigar, processar e julgar os acusados pela prática de crimes que desafiam a imaginação, violam a ordem internacional como um todo e que ultrajam profundamente a consciência da humanidade, a exemplo do genocídio, dos crimes contra a humanidade, dos crimes de guerra e do crime de agressão.

2.2 Características

2.2.1. Competência Material

A competência material do TPI, em conformidade com o Estatuto, se destina a julgar com caráter permanente e independente os crimes mais graves, de caráter internacional. Tais crimes são imprescritíveis e podem ser catalogados em quatro categorias, senão vejamos:

- a) Crimes de genocídio;
- b) Crimes contra a humanidade;
- c) Crimes de guerra; e,

d) Crimes de agressão.

O art. 5º do Estatuto de Roma contém um rol com a tipificação dos delitos sujeitos à jurisdição do Tribunal. Assim, compete ao TPI o inquérito, processo e julgamento dos mencionados crimes internacionais. Contudo, há que se evidenciar desde já que se foram tipificados pelo TPI são esses crimes atrocidades que desafiam a imaginação, violam a ordem internacional como um todo e que ultrajam profundamente a consciência da humanidade.

2.2.2 Competência Temporal

Estabelecida no art. 11 do Estatuto, a jurisdição do TPI se atém ao julgamento dos crimes de sua competência cometidos depois da sua entrada em vigor internacional, que corresponde a 1º de julho de 2002, quando 60 países ratificaram o Estatuto, salvo se o Estado-parte consentir que a jurisdição do TPI retroaja, o que é confirmado pelo § 2º do mesmo dispositivo do Estatuto.

Ainda assim, nos termos do art. 11, § 2º do Estatuto de Roma, caso um Estado se torne parte do Estatuto depois da sua entrada em vigor, o Tribunal somente poderá exercer sua competência para o processo e julgamento dos crimes cometidos depois da entrada em vigor do Estatuto nesse Estado, a menos que este tenha feito uma declaração específica em sentido contrário, nos termos do § 3º do art. 12 do mesmo Estatuto. [\[5\]](#)

A imputação de julgamento a crimes praticados anteriormente ao advento desse lapso temporal, qual seja, da entrada em vigor do

Estatuto de Roma configura flagrante violação ao princípio de direito penal *nullum crime nulla poena sine legen praevia*.^[6]

2.2.3 Competência Territorial

Consoante o disposto no art. 12 do Estatuto de Roma, o TPI possui competência para julgar os atos delituosos ocorridos no território dos Estados signatários, independente da nacionalidade do agente.

O Tribunal será, igualmente, competente sempre que houver imputação de qualquer um dos crimes capitulados no art. 5º do Estatuto a nacional de um Estado-membro.

Ademais, observar-se-á tal competência nos casos de crimes cometidos a bordo de navio ou aeronave, ocasião na qual será verificada a bandeira da embarcação ou aeronave.

Por derradeiro, o TPI estará legitimado a exercer sua jurisdição mediante o recebimento pela Promotoria da *notitia criminis*, seja de um Estado, seja do Conselho de Segurança das Nações Unidas, nos termos do art. 13 do Estatuto. Ou, ainda, poderá o Promotor agir de *per se* nesse intento, conforme completado pelo dispositivo anterior.

2.2.4 Competência com relação à pessoa

Contrariamente à Corte Internacional de Justiça (órgão judicial da ONU), cuja competência se destina ao julgamento dos Estados, o TPI ou CPI é competente para o objetivo precípuo de julgar pessoas naturais (art. 25, § 1º) – e não jurídicas –, responsabilizando-as individualmente por seus atos. Eis o traço distintivo entre ambas as Cortes que, sem embargo de que possam possuir semelhança nos nomes (é de fundamental importância não confundir TPI ou Corte Penal

Internacional com Corte Internacional de Justiça), bem como ambas sejam sediadas em Haia, na Holanda[7], diferenciam-se na essência por sua finalidade.

Nos termos do art. 26 do Estatuto, a idade mínima para que um indivíduo possa responder pelos crimes de competência do TPI é de 18 anos na data da prática do crime. Assim, com essa idade (18 anos), adquire-se a imputabilidade penal perante o TPI.

Oportuno mencionar que a acusação somente poderá proceder caso o crime tenha sido praticado na modalidade dolosa, pois a culpa é excluída do âmbito de competência do TPI, consoante prescreve o art. 30 do Estatuto.

Igualmente, não há previsão explícita de punibilidade da tentativa, em nenhum dos crimes definidos no Estatuto. Mas ela pode decorrer dos princípios gerais de direito invocados no art. 21, § 1, c.[8]

2.3 Princípios regentes

Como não poderia ser diferente, a atuação do TPI se encontra vinculada à observância de princípios fundamentais, a saber:

2.3.1 Princípio da Complementaridade (ou Subsidiariedade):

Expresso no preâmbulo, no art. 1º e mais especificamente no art. 17 do Estatuto, prescreve que a jurisdição do TPI, contrariamente a dos tribunais *ad hoc* que são concorrentes e têm primazia sobre as Cortes nacionais[9], deve ser complementar (não antecedendo nem se sobrepondo à jurisdição nacional) à jurisdição penal dos Estados.

Considerando-se que o Estado possui responsabilidade primária e a comunidade internacional possui responsabilidade subsidiária, a

jurisdição do TPI terá caráter excepcional, isto é, somente poderá ser exercida quando o Estado que originariamente possui jurisdição direta sobre determinado caso demonstrar:

a) **Omissão:** O Estado quedou-se inerte, por ausência de disposição política ou falência estrutural dele próprio, em processar e punir devidamente os responsáveis pelos crimes apontados no Estatuto de Roma; ou,

b) **Manifesta incapacidade:** O Estado promoveu o inquérito ou a ação penal, contudo agiu de modo insatisfatório, demonstrando inequivocadamente que o fez com a intenção deliberada ou de proteger o acusado, subtraindo-lhe a justiça, ou buscou aparentar seriedade à investigação ou ao processo criminal, subtraindo-lhe a sanção. Trata-se da chamada “paralisia consciente do Estado” em responsabilizar penalmente os suspeitos dos crimes capitulados no art. 5º do Estatuto.

Eis os requisitos de admissibilidade para o exercício da jurisdição internacional. Superada a condicionante do prévio esgotamento dos procedimentos internos – falência das instituições nacionais –, uma vez verificada a realização de uma das condutas elencadas no art. 5º do Estatuto, justifica-se a aplicação da competência do TPI. Neste sentido, a jurisdição do TPI se afigura complementar à jurisdição dos Estados, sendo que só emerge quando verificados os requisitos para que o TPI adquira competência para proceder a persecução penal. Sendo assim, a jurisdição do TPI não antecede nem se sobrepõe à jurisdição interna dos Estados, simplesmente a complementa.

2.3.2 Princípio da Responsabilidade Penal Individual

Segundo dita este princípio, previsto no art. 25 do Estatuto, o indivíduo que incorre na prática do tipo penal incriminado pelo Estatuto deverá ser responsabilizado pessoalmente pela conduta perpetrada, o que não obsta a responsabilidade estatal pelo(s) crime(s) ocorrido(s) em seu território.

2.3.3 Princípio da Irrelevância da Função Social

Realçando o princípio constitucional da Isonomia ou Igualdade (art. 5º, *caput*, da CF/88), permite que inclusive os chefes de Estado ou de Governo, ministros, parlamentares e outras autoridades sejam responsabilizados criminalmente pela prática de quaisquer das condutas discriminadas no Estatuto de Roma, sem qualquer privilégio ou imunidade.

Corroborando com o argumento alhures, leciona Piovesan (2008, p. 225):

De acordo com o art. 27, aplica-se o Estatuto igualmente a todas as pessoas, sem distinção alguma baseada em cargo oficial. Isto é, o cargo oficial de uma pessoa, seja ela Chefe de Estado ou Chefe de Governo, não eximirá de forma alguma sua responsabilidade penal, tampouco importará em redução da pena.

Essa inovação tem causado inúmeros protestos, sobretudo no Brasil, no tocante às possíveis incompatibilidades com as garantias constitucionais atinentes às imunidades em geral e foro por prerrogativa de função, conforme adiante anotado (Vide item 4.1).

2.3.4 Princípio da Responsabilidade dos Comandantes e outros Superiores

Exige que todos os comandantes militares, ainda que não estejam fisicamente presentes no local do crime, despendam de todos os meios ao seu alcance a fim de elidir a prática criminosa, sob pena de lhe ser imputada a responsabilidade conjunta pela conduta de seus subordinados.

2.3.5 Princípio da Imprescritibilidade

Conquanto ninguém possa ser julgado por delitos praticados antes da entrada em vigor do Tratado de Roma, por este princípio a ação criminosa tipificada no art. 29 do Estatuto não se sujeitará jamais ao decurso do tempo para ter extinta a sua punibilidade, eis que tamanha a ofensa ao bem jurídico tutelado lapso temporal algum seria capaz de apagar a mácula trazida pela conduta incriminada.

2.3.6 Princípio da Cooperação

Consagrado no art. 86 do Estatuto, segundo o qual os Estados-partes deverão cooperar plenamente com o Tribunal na investigação e julgamento dos crimes de competência deste, bem como assegurar-se de que seu Direito Interno preveja procedimentos aplicáveis a todas as formas de cooperação especificadas no Estatuto.

2.4 Penas aplicáveis

O Estatuto não definiu uma pena específica para cada tipo penal, cabendo aos magistrados do TPI, com sua discricionariedade, determinarem a dosimetria das penas, conforme as peculiaridades do caso concreto, observado o limite de 30 anos de reclusão.

Desta forma, em seu art. 77 o Estatuto previu as penas aplicáveis aos réus julgados pelo TPI, sendo elas as seguintes:

- a) pena de até 30 anos de prisão;
- b) pena de prisão perpétua;
- c) pena de multa; e,
- d) confisco dos proventos, sejam eles auferidos direta ou indiretamente do crime, preservando-se os direitos de terceiro de boa-fé.

2.5 Procedimento

Conforme os ensinamentos da ilustre jurista Piovesan (2008, p.224):

O exercício da jurisdição internacional pode ser exercido mediante denúncia de um Estado-parte ou do Conselho de Segurança à Promotoria, a fim de que esta investigue o crime, propondo a ação penal cabível, nos termos dos arts. 13 e 14 do Estatuto. Pode ainda a própria Promotoria agir de ofício, nos termos dos arts. 13 e 15. Em todas as hipóteses, o exercício da jurisdição é condicionado à adesão do Estado ao tratado, ou seja, é necessário que o Estado reconheça expressamente a jurisdição internacional. Note-se que a ratificação do tratado não comporta reservas, devendo o Estado ratificá-lo na íntegra e sem ressalvas (art. 120).

Logo, a jurisdição do TPI pode ser exercida de três formas distintas, senão vejamos:

- 1) Pela solicitação de investigação feita por um Estado-parte do Estatuto.

Essa denúncia, que deve ser acompanhada de elementos factuais que a substanciem, dá início a investigações, conforme o procedimento adotado pelo Tribunal;[\[10\]](#)

- 2) Por intervenção do Conselho de Segurança das Nações Unidas, autorizado pelo Capítulo VII da Carta (rupturas e ameaças à paz e segurança internacionais), apontando situações criminosas, independentemente de o Estado fazer ou não parte do TPI;

- 3) Por iniciativa da Promotoria, que recebe a *notitia criminis*, das mais variadas fontes, e age de ofício (art. 15 do Estatuto);

- 4) Por iniciativa autônoma do promotor se subordina ao “exame da Câmara de Questões Preliminares, que deve confirmar a existência de base adequada para dar prosseguimento às investigações”.[\[11\]](#)

3. O INGRESSO DO TPI NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

3.1 A ratificação

O Estatuto de Roma que cria o Tribunal Penal Internacional foi aprovado em 17.07.1998. O Brasil assinou o aludido estatuto em 07.02.2000 e o Congresso Nacional o aprovou, por meio do Decreto Legislativo n. 112, em 06.06.2002, tendo sido promulgado em 26.09.2002, pelo Decreto presidencial n. 4.388. A *carta de ratificação* fora depositada em 20.06.2002, entrando em vigor em 1º.07.2002. Para

o Brasil, internacionalmente, nos termos de seu art. 126, passou a vigorar em 1º de setembro de 2002. [\[12\]](#)

A partir desse momento o Brasil, que foi um dos signatários originais do Estatuto, passa a fazer parte da jurisdição do TPI, em cumprimento ao disposto no art. 7º do ADCT.

3.2 Hierarquia normativa

Por se tratar de tratado internacional de direitos humanos ratificado anteriormente à previsão de *quorum* qualificado previsto no art. 5º, § 3º, da CF/88 (*quorum* de três quintos em dupla votação nas duas Casas legislativas), o Estatuto de Roma integrou-se ao Direito brasileiro com hierarquia infraconstitucional, mas *status* supralegal (situando-se em grau superior às leis ordinárias, porém em grau inferior à Constituição). Logo, situa-se no patamar inferior à Constituição, todavia superior a toda a legislação infraconstitucional, possuindo, assim, *status* normativo supralegal.

4. AS INCOMPATIBILIDADES ENTRE O ESTATUTO DE ROMA DO TPI E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA DE 1988

Em um ato típico de soberania o Brasil ratificou ao Estatuto de Roma, responsável por instituir o TPI. A partir da assinatura do instrumento de ratificação, o Estado brasileiro tornou-se signatário do Estatuto, obrigando-se a “cooperar plenamente com o Tribunal no inquérito e no procedimento contra crimes de competência deste” [\[13\]](#), em respeito ao princípio da Cooperação.

Haja vista que, consoante o disposto no art. 120 do Estatuto de Roma, a ratificação deste não admite reservas (logo, não é possível a

um Estado ratificar ao Tratado em parte, porquanto a sua assinatura importa em torná-lo signatário do instrumento em sua integralidade, em todos os seus termos, e não de uma parte ou outra dele), alguns constitucionalistas propugnam por possíveis inconstitucionalidades do TPI em relação à Constituição Federal Brasileira de 1988.

Essa situação é denominada no direito dos tratados de *inconstitucionalidade intrínseca* dos tratados internacionais. Esta tem lugar quando o tratado, apesar de formalmente ter respeitado todo o procedimento constitucional de conclusão estabelecido pelo direito interno, contém normas violadoras de dispositivos constitucionais.^[14]

A qual não pode ser confundida “com a inconstitucionalidade chamada extrínseca (ou formal), também conhecida por *ratificação imperfeita*, que ocorre quando o Presidente da República violando norma constitucional de fundamental importância para celebrar tratados, ratifica o acordo sem assentimento prévio do Congresso Nacional”^[15]. O que não foi o caso do TPI, cuja ratificação ocorreu em consonância com o procedimento constitucionalmente previsto para a celebração de tratados (arts. 49, inciso I e 84, inciso VIII, ambos da CF/88).

A existência de uma inconstitucionalidade intrínseca (normas incompatíveis com a Lei Maior) é tendente a ensejar eventuais antinomias^[16]. Isto posto, muito se discute acerca de eventuais incompatibilidades entre o referido Estatuto e a Constituição Federal brasileira, vez que em muitos pontos aquele parece colidir com determinados preceitos constitucionais. Desta feita, seria o caso de

inconstitucionalidade intrínseca do Estatuto de Roma em relação ao ordenamento constitucional brasileiro?

Considerando-se que a República Federativa do Brasil tem como um de seus fundamentos a soberania (art. 1º, inciso I da CF/88), argumenta-se assim a pretensa antinomia (diga-se: aparente)[\[17\]](#) de alguns dispositivos do Estatuto de Roma em relação a valores constitucionalmente consagrados. Para efeitos da presente abordagem: a eventual abolição das imunidades em geral e das prerrogativas de foro por exercício de função.

4.1 A abolição das imunidades em geral e das prerrogativas de foro por exercício de função

Em um primeiro momento, pode surgir ainda o conflito (aparente) entre as regras brasileiras relativas às imunidades em geral e às prerrogativas de foro por exercício de função e aquelas atinentes à jurisdição do TPI. Tais regras são aplicáveis, por exemplo, ao Presidente da República, seus Ministros de Estado, Deputados, Senadores etc. Essas imunidades e privilégios, contudo, são de ordem interna e podem variar de um Estado para o outro. Também existem outras limitações de ordem internacional, a exemplo da regra sobre imunidade dos agentes diplomáticos à jurisdição penal do Estado acreditado, determinada pelo art. 31 da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas, de 1961, que é norma interna brasileira. Os embaixadores têm imunidade plena na jurisdição penal dentro dessa sistemática.[\[18\]](#)

Observa-se a aplicação das imunidades em geral e das prerrogativas de foro por exercício de função desde o período pós-

Segunda Guerra Mundial. Tanto que oficiais que alegavam em sua defesa que incidiram nos ultrajes aos direitos humanos cometidos em larga escala nesse período – os quais não são novidade para ninguém – sob cumprimento de ordens de seus superiores, sofreram condenação. Aliás, as inexpressivas iniciativas envidadas nesse sentido de desfazer a inimizabilidade dos detentores do poder, no exercício de suas funções, restaram frustradas exatamente por esbarrar na garantia de que essas altas autoridades possuíam de não estarem suscetíveis ao devido processo legal. Isto porque, precipuamente, imperava “o entendimento de que os detentores do poder, no exercício de suas funções, eram juridicamente inimputáveis por quaisquer condutas”.[\[19\]](#)

Com maestria, Lewandowski (2002, p. 188) ilustra esse contexto:

A ideia da inimputabilidade dos governantes, embora profundamente arraigada na cultura política desde a mais remota antiguidade, somente tomou forma doutrinária com Maquiavel, em 1513, segundo o qual “um príncipe, e especialmente um príncipe novo, não pode observar todas as coisas a que são obrigados os homens considerados bons, sendo freqüentemente forçado, para manter o governo, a agir contra a caridade, a fé, a humanidade e a religião”.

Essa tese ganhou contornos jurídicos na obra de Bodin intitulada *Os seis livros da República*, datada de 1576, que definia a soberania como um poder

“absoluto e perpétuo do Estado”. Hobbes, por sua vez, levou a extremos a teoria do poder ilimitado dos reis, sustentando, em seu *Leviatã*, editado em 1651, que os homens alienaram seus direitos naturais ao soberano em troca da segurança, posto que antes da constituição do Estado viviam numa “guerra de todos contra todos”. Tais idéias foram ainda aperfeiçoadas pelos defensores do *direito divino dos reis*, dentre os quais Bossuet, que acreditavam que os governantes eram representantes de Deus na Terra e, como tal, só a Ele deviam satisfação por seus atos.

A partir daí, a tese da irresponsabilidade dos governantes ganhou maior sofisticação com a *raison d’Etat* de Richelieu e a *Realpolitik* de Bismarck, que davam como legítima qualquer ação praticada em nome dos superiores interesses do Estado. E tal doutrina durante séculos não sofreu maiores abalos, em que pesem as barbaridades cada vez maiores praticadas nas guerras declaradas e não-declaradas que eclodiram desde os albores da Idade Moderna até os dias atuais.

Como expressão desse perfil de norma consuetudinária, a Lei Maior positivou os arts. 53, 86 e 102, com o intuito de preservar as imunidades e o foro privilegiado.

Em contrapartida, com vistas a elidir a reprise de capítulos, cujos horrores a História comprovou que os causadores se diziam agir em nome de determinado Estado, o art. 27 do Estatuto de Roma^[20] prescreve um tratamento isonômico aos agentes (se violarem direitos humanos, serão julgados como pessoas comuns), independentemente de estarem eles sujeitos a algum foro privilegiado ou acobertados por alguma causa de imunidade. Em suma, de acordo com o Estatuto de Roma, não há que se falar em escusa para apuração de sua responsabilidade tampouco em lhe reduzir a pena.

Acerca do assunto, Piovesan (2003, p. 152) discorre que:

O Estatuto de Roma aplica-se igualmente a todas as pessoas, sem distinção alguma baseada em cargo oficial. Isto é, o cargo oficial de uma pessoa, seja ela chefe de Estado ou de Governo, não eximirá sua responsabilidade penal, nem tampouco importará em redução de pena. Isto simboliza um grande avanço do Estatuto com relação ao regime das imunidades, que não mais poderá ser escudo para a atribuição de responsabilização penal.

A justificativa para esta previsão está no fato de que normalmente as violações a direitos humanos partem dos próprios comandantes^[21]. Até porque os perpetradores das maiores atrocidades em face dos direitos humanos (crimes esses de competência do TPI, a saber: genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e de agressão), como anteriormente delineado, na maioria das vezes se utilizam,

indevidamente do manto das imunidades ou privilégios especiais que lhes conferem os seus ordenamentos jurídicos internos para se acobertar, aproveitando-se do fato de que exerciam uma função pública ou de liderança à época do delito, obstando assim a responsabilidade penal por seus atos.

A esse respeito Mazzuoli (2005, p. 73) se posiciona que:

[...] as imunidades ou privilégios especiais que possam ser concedidas aos indivíduos em função de sua condição como ocupantes de cargos ou funções estatais, seja segundo o seu direito interno, seja segundo o Direito Internacional, não constituem motivos que impeçam o Tribunal de exercer a sua jurisdição em relação a tais assuntos. O Estatuto elide qualquer possibilidade de invocação da imunidade de jurisdição por parte daqueles que cometeram crimes contra a humanidade, genocídio, crimes de guerra ou de agressão. Assim, de acordo com a sistemática do Direito Internacional Penal, não podem os genocidas e os responsáveis pelos piores crimes cometidos contra a humanidade acobertar-se pela prerrogativa de foro, pelo fato de que exerciam uma função pública ou de liderança à época do delito.

Dentro desse contexto, surge a seguinte problemática: Como proceder caso um brasileiro nato, integrante do Poder Público, de forma

a lhe garantir prerrogativas em julgamento interno, pratique crime afeto à competência própria do TPI, no território nacional, posteriormente à entrada em vigor do Estatuto de Roma no Brasil? Nessas condições, é possível que tal pessoa seja julgada pelo TPI?

Como regra, as pessoas que praticam crimes de competência do TPI possuem a cobertura das imunidades que lhes são concedidas pelos ordenamentos jurídicos dos países que pertencem.

Por outro lado, o TPI possui a complementaridade como um de seus princípios, o que implica dizer que sua jurisdição somente será admissível em casos nos quais se verifique claramente a incapacidade ou a falta de disposição dos Estados em processar os responsáveis por crimes tipificados no Estatuto supracitado, conforme anteriormente declinado. Ainda, o exercício de sua jurisdição terá como requisito primordial que seja parte do Estatuto (ou, não o sendo, haja voluntariamente aceito essa jurisdição no caso concreto): (a) o Estado em cujo território tenha ocorrido o crime, ou (b) o Estado de nacionalidade do indivíduo acusado. Considerando-se que o Brasil ratificou o Estatuto de Roma, deve ele cooperar com o TPI no que fizer necessário. Neste caso, não pode ele arguir imunidades nem foro privilegiado a fim de se escusar a cumpri-lo, porquanto a ratificação[22] deste Tratado não comporta reservas, consoante inteligência do art. 120 do Estatuto[23].

A propósito, pertinente é a observação muito bem exposta por Steiner (CONJUR, 2010), magistrada brasileira que atuara no TPI até o

ano de 2012, para quem o ato de ratificar traz em seu bojo a renúncia à soberania:

[...] a partir do momento da ratificação, não existe mais discussão. O ato de ratificação é um ato típico de dever de soberania. A partir do momento em que o Estado, no exercício da sua soberania, ratifica um tratado e se obriga a cooperar, acabou toda a discussão sobre se isso ofende ou não a soberania. É cumprir com uma obrigação assumida em decorrência de um ato típico de soberania, que é a ratificação. O Brasil é parte do Estatuto de Roma. Então, ele tem que cooperar com o tribunal.

A mesma Steiner (ÉPOCA, 2009) aponta, com a propriedade de sempre, que:

Há um princípio que é a base do Direito Internacional: o princípio da boa-fé. Um Estado, ao ratificar um tratado, o faz de boa-fé, no exercício de sua soberania, e se compromete a cumprir com as obrigações assumidas. O contrário significa aquilo que um grande amigo meu, um dos melhores professores de Direito Internacional que conheci, chamou de “estelionato internacional”.

Compartilhando da mesma opinião, Luiz Flávio Gomes assevera que “entende-se que, ao se tornar signatário do tratado e aderir ao TPI, o Estado renuncia a tais prerrogativas”.[\[24\]](#)

Léon (2006, p. 399 *apud* MAEOKA; MUNIZ, 2008, p. 2585), em comentário ao art. 27 da Convenção de Viena, responsável por regulamentar o Direito dos Tratados:

infeere que o Estado não pode invocar suas normas de direito interno para sustentar o não-cumprimento das estipulações de um Tratado qualquer, ainda mais quando o mesmo tem como conteúdo a proteção dos direitos humanos. Caso contrário, o Estado pode incorrer em responsabilidade internacional, conforme os termos estabelecidos no Tratado subscrito.

Além disso, o término de um tratado está submetido à disciplina da denúncia, ato unilateral pelo qual um Estado manifesta seu desejo de deixar de ser parte de um tratado. Vale dizer, em face do regime de Direito Internacional, apenas o ato da denúncia implica a retirada do Estado de determinado tratado internacional. Assim, na hipótese da inexistência do ato da denúncia, persiste a responsabilidade do Estado na ordem internacional.[\[25\]](#)

Nesta toada, o ordenamento interno não pode servir como sustentáculo, a fim de se esquivar de obrigações assumidas voluntariamente, com a ratificação de um tratado, por um Estado frente a um organismo internacional como o TPI.

Esta é a posição defendida pela Professora Flávia Piovesan: “Ora, se o Estado, no livre e pleno exercício de sua soberania, ratifica um tratado, não pode posteriormente obstar seu cumprimento.”[\[26\]](#)

Por conseguinte, tendo em vista que ratificou ao Estatuto de Roma do TPI, não poderá um Estado impor óbice à sua aplicação – repita-se: a ratificação não admite reservas, logo, ao ratificar ao tratado, um Estado torna-se signatário dele em sua integralidade, em todos os seus termos, e não de uma parte ou outra dele –, em respeito ao dever a que voluntariamente se obrigou em tal ato perante o Tribunal, sob pena de praticar um ilícito internacional e – por que não dizer?– configurar um “estelionato internacional” o não cumprimento de tais obrigações por ele assumidas. Neste sentido, afigura-se possível o julgamento de brasileiro nato, integrante do Poder Público, pela prática de crime de competência própria do TPI, no território nacional, após a entrada em vigor do Estatuto de Roma no Brasil, posto que a partir do momento em que, de boa-fé e em um ato típico de soberania, ratificou o Tratado de Roma, o Estado brasileiro abriu mão de quaisquer ilações ou alegações de conflitos daquele com sua soberania tampouco com suas normas de direito interno, consoante se abstrai do art. 27 da Convenção de Viena de Direito dos Tratados^[27]. Ressalta-se que isso não implica em infringir preceito constitucionalmente resguardado, dado o caráter excepcional e complementar a que se submete a jurisdição do TPI.

CONCLUSÃO

A jurisdição penal internacional trilhou um longo caminho até que viesse a lume o TPI.

Várias foram as tentativas engendradas nesse sentido até que houvesse o estabelecimento efetivo da primeira Corte de Justiça Penal Internacional permanente, independente e imparcial.

Em pouco mais de uma década de existência o TPI se tornou um importante mecanismo de garantia contra as violações de direitos humanos.

Ao TPI ainda resta muito a fazer, bem como – e sobretudo – inúmeras resistências a romper, conforme adiante esclarecido.

A primeira delas diz respeito à soberania dos Estados-membros. Aliás, essa é a principal razão para a recusa por parte dos Estados em ratificar ao Estatuto de Roma. De fato, reconhecer suas limitações, de modo a abrir mão de parte de sua soberania, é algo de sobremaneira comprometedor para um Estado soberano, o que tem feito com que muitos Estados não reconheçam o TPI (Os Estados Unidos, por exemplo, já declararam abertamente que não pretendem fazer parte do TPI).

No caso do Brasil, embora seja signatário do Tratado de Roma, muitos pontuam que a ratificação do referido Estatuto estaria a desrespeitar um dos fundamentos que alicerçam a Constituição Federal Brasileira, qual seja, a soberania nacional (art. 1º, inciso I, da CF/88^[28]) quando, por exemplo, prevê a isonomia no tratamento dos agentes, independentemente de estarem eles sujeitos a algum foro privilegiado ou acobertados por alguma causa de imunidade, ante à garantia imunidades em geral e das prerrogativas de foro por exercício de função, expressos no texto constitucional brasileiro (arts. 53, 86 e 102, da CF/88).

O respeitado doutrinador André Ramos Tavares salienta que essas incongruências são insanáveis, posto que não se pode mudar a Constituição Federal nesses aspectos, por conta das chamadas cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, da CF/88).

Por sua vez, uma parcela significativa da doutrina, formada por nomes de peso (Flávia Piovesan, Valério de Oliveira Mazzuoli e Luiz Flávio Gomes) defende que se trata de um conflito de normas (antinomia) apenas aparente, vez que os critérios para solucioná-lo são normas integrantes do ordenamento jurídico, pelos motivos delineados nos parágrafos seguintes.

Como com propriedade se posiciona Steiner (PRR-3, 2009):

Os dois sistemas - o nacional e o do TPI - não se misturam, não se confundem, não interferem um com o outro. Portanto, não vejo como possível alegar-se incompatibilidade entre sistemas que não se tocam, que são paralelos.

Em que pese a possível antinomia que pode surgir em um primeiro momento, uma análise hermenêutica pormenorizada do assunto conclui ser cediço que o conflito de normas é apenas aparente.

Chayes (1995 *apud* PIOVESAN, 2000) entende:

[...] que a soberania não pode mais consistir na liberdade dos Estados de atuarem independentemente e de forma isolada à luz do seu interesse específico e próprio. A soberania hoje consiste, sim, numa cooperação internacional em prol de finalidades comuns. Um novo conceito de soberania, diz o autor, aponta a existência de um Estado não isolado, mas membro da comunidade e do sistema internacional. Os Estados, conclui,

expressam e realizam a sua soberania, participando da comunidade internacional, ou seja, participar do sistema internacional é sobretudo um ato de soberania por excelência. Prenuncia-se, desse modo, o fim da era em que a forma pela qual o Estado tratava os seus nacionais era concebida como um problema de jurisdição doméstica decorrente da sua soberania. Nesse contexto, pode-se afirmar que uma das principais preocupações desse movimento de internacionalização dos direitos humanos é justamente convertê-los em tema de legítimo interesse da comunidade internacional.

Com relação à soberania, mostra-se acertada a afirmação do doutrinador Mazzuoli (2011, p. 973/974), para quem:

Não existe restrição ou diminuição da soberania para os países que já aderiram, ou aos que ainda irão aderir, ao Estatuto de Roma. Ao contrário: na medida em que um Estado ratifica uma convenção multilateral como esta, que visa trazer um bem estar que a sociedade internacional reivindica há anos, ele não está fazendo mais do que, efetivamente, praticando um ato de soberania, e o faz de acordo com a sua Constituição, que prevê a participação dos poderes Executivo e Legislativo (no

caso brasileiro: CF, arts. 84, inc. VIII e 49, inc. I, respectivamente) no processo de celebração de tratados internacionais.

Neste sentido esse monitoramento realizado pelo TPI, mediante o consentimento prévio do Estado que a ele se submeteu por intermédio da ratificação, não configura uma intromissão indevida no exercício da soberania desse mesmo Estado soberano. Afinal, a jurisdição do TPI é complementar, se coaduna com a jurisdição doméstica, conforme amplamente enfatizado ao longo deste artigo.

É sob esse enfoque que deve ser compreendido o TPI. Consoante preceitua Piovesan (2000), “o Tribunal Internacional Penal surge como um aparato complementar à jurisdição penal nacional. O Estatuto de Roma reitera a idéia de que o Estado tem a responsabilidade primária, o dever jurídico de emprestar a sua jurisdição. No entanto, se isso não ocorrer, a responsabilidade subsidiária é da comunidade internacional,” acionável quando as instituições nacionais mostrarem-se falhas ou omissas na proteção dos direitos humanos.

A mesma Piovesan (2003, p.151) continua:

A jurisdição do Tribunal é adicional e complementar à do Estado, ficando condicionada à incapacidade ou à omissão do sistema judicial interno. O Estado tem o dever de exercer sua jurisdição penal contra os responsáveis por crimes internacionais, tendo a comunidade internacional a responsabilidade subsidiária. [...] A jurisdição do

Tribunal Penal Internacional não substitui a jurisdição local, mas é a ela complementar e subsidiária.

E, por fim, conclui (Ibid., p. 151/152) que:

O reconhecimento da jurisdição do Tribunal Penal Internacional, em si mesmo, é ato de soberania do Estado brasileiro, não cabendo ao Estado, *a posteriori*, valer-se desta mesma soberania para afastar a jurisdição Internacional.

No mesmo sentido são as lições de Mazzuoli (2005, p. 55):

Sua jurisdição, obviamente, incidirá apenas em casos raros, quando as medidas internas dos países se mostrarem insuficientes ou omissas no que respeita ao processo e julgamento dos acusados, bem como quando desrespeitarem as legislações penal e processual internas.

Destarte, a jurisdição do Tribunal Penal Internacional terá caráter excepcional, sendo que somente será cabível a aplicação desse Estatuto quando o Estado se mostrar manifestamente falho, omissivo, incapaz de responder às violações de direitos humanos.

Outrossim, uma violação aos direitos humanos não se trata apenas de uma afronta a direito fundamental tutelado na órbita dos limites territoriais de um determinado País, mas de toda a humanidade em conjunto, independentemente de estarem positivados ou não no ordenamento jurídico de uma determinada Nação. Nesta toada, a tutela

dos direitos humanos não se restringe ao campo de atuação de um determinado Estado, por tratar de direito inerente aos seres humanos, cuida-se de matéria cuja competência recai sobre um âmbito global (campo de atuação de cada Estado competente para punir a violação perpetrada) e, subsidiariamente, o juízo internacional (TPI), sendo que a competência deste último somente será trazida à voga ante a falha, omissão ou incapacidade daquele de responder às violações de direitos humanos, por força do princípio da Complementaridade, sem que essa intromissão fira a soberania do Estado no qual se deu o desrespeito aos direitos humanos, quer do Estado cujo perpetrador seja nacional. Por isso, não há que se falar em incompatibilidades entre o quanto disposto no Estatuto de Roma e a Constituição Federal Brasileira, pelo contrário, ambas as normas se complementam na busca incessante pelo bem comum, qual seja, a proteção dos direitos humanos em escala planetária tendente a preservar a paz mundial.

Até porque o TPI é um tribunal de última instância, cuja atuação somente estará legitimada em caso de inação (omissão ou incapacidade) dos Estados. Assim, trata-se de situações excepcionais, nas quais o Estado não atuou porque não quis ou não pôde atuar a contento. Portanto, não há que se falar em perda da soberania, já que a competência primária para o exercício da jurisdição pertence ao Estado, apenas diante da falha ou omissão dele que será acionada a competência subsidiária do TPI às jurisdições nacionais.

Por derradeiro, a ratificação do Estatuto do Tribunal Penal Internacional pelo Brasil é absolutamente compatível e consonante com

a ordem constitucional brasileira, “não havendo como argumentar que esse Tribunal seria uma intervenção indevida no exercício da soberania nacional”^[29], vez que nele há a conjugação da ordem interna e da ordem internacional, à luz do princípio da prevalência dos direitos humanos, mediante providências tendentes a punir e retirar do convívio coletivo mundial, não apenas criminosos genocidas ou ditadores, mas também os responsáveis pela prática de crimes internacionais, em relação aos quais não se admite esquecimento.

REFERÊNCIAS

BIBLIOGRAFIA

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

FERRAZ JÚNIOR. Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 13.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional Descomplicado*. 2^a.ed. rev. atual. São Paulo: Método, 2008.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 9.ed. rev. ampl. e atual.. São Paulo: Saraiva, 2008.

OBRAS CONSULTADAS ONLINE

BOLFER, Sabrina Ribas. O Tribunal Penal Internacional e o Ordenamento Jurídico Brasileiro. In: *Clubjus*: Brasília-DF, 20 set. 2010. Disponível em: <<http://www.clubjus.com.br/?artigos&ver=2.32230>>. Acesso em: 26 jan. 2013.

DELLA TORRE NETTO, Adhemar. O Tribunal Penal Internacional como órgão do Poder Judiciário brasileiro e a ordem de entrega. In: *Cadernos de Direito*, Brasil, v. 11, n.21, mai. 2012. Disponível em: <<https://www.metodista.br/revistas/revistas-unimep/index.php/direito/article/view/186>>. Acesso em: 08 set. 2012.

Entrevista Sylvia Steiner – Com TPI, países preferem o Direito à força. In: *Consultor Jurídico*: Central de Informações sobre Cooperação Jurídica Internacional, Brasília-DF, 22 ago. 2010. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/dpj/cji/bitstream/26501/1768/1/Com%20TPI%20países%20preferem_%20Sylvia.pdf>. Acesso em: 08 set. 2012.

Entrevista: Sylvia Steiner – Crimes de guerra não podem ser esquecidos. In: *Revista Época*: Entrevistas, 24 abr. 2009. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,ERT69811-16270,00.html>>. Acesso em: 29 mar. 2013.

Entrevista: Sylvia Steiner – Juíza do Tribunal Penal Internacional. In: *PRR-3*. Disponível em: <<http://www.prr3.mpf.gov.br/content/view/249/111/>>, Acesso em: 25 dez. 2012.

GOMES, Luiz Flávio. *As aparentes antinomias entre O TPI (Tribunal Penal Internacional) e a CF/88*. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/artigo/20070529180222887_as-aparentes>

antinomias-entre-o-tpi-tribunal-penal-internacional-e-a-cf-88.html>.

Acesso em: 16 dez. 2012.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. O Tribunal Penal Internacional: De uma cultura de impunidade para uma cultura de responsabilidade. In: *Estudos Avançados*: São Paulo. vol.16, nº. 45, , maio/agosto, 2002. Disponível em :< <http://www.scielo.br/pdf/ea/v16n45/v16n45a12>>. Acesso em: 20 out. 2012.

LIMA, Wesley de. O Tribunal Penal Internacional, uma análise à luz da ordem jurídica brasileira. In: *Âmbito Jurídico*, v. 43, 2007. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=artigos_leitura_pdf&artigo_id=4158>. Acesso em: 08 set. 2012.

MAEOKA, Erika; MUNIZ, Tânia Lobo. A responsabilidade internacional do poder judiciário e o controle da convencionalidade da jurisprudência nacional. In: *XVII Congresso Nacional do CONPEDI*, Brasília – DF, 2008. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/05_130.pdf>. Acesso em: 08 set. 2012.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. O Tribunal Penal Internacional: integração ao direito brasileiro e sua importância para a justiça penal internacional. In: *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos: divisão jurídica*, Centro de Pós-graduação, Faculdade de Direito de Bauru, n. 43, maio/ago. 2005. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/dpj/cji/bitstream/26501/1546/1/Tribunal%20Penal%20Internacional.pdf>>. Acesso em: 26 out. 2012.

MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. O Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira. *O que é o Tribunal Penal Internacional*. Brasília: Cartilha Organizada pela Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados: Gráfica Oficial, 2000. 34 p. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/cartilhas/dh/tpi/cartilha_tpi.htm#A%20PENADEPRIS%C3%83O>. Acesso em: 09 de jan. 2013.

PIOVESAN, Flávia Cristina. Direitos Humanos e a Jurisdição Constitucional Internacional. In: *Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC*, América do Norte, n.1, jan./jun. 2003. Disponível em: <<http://esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/27/28>>. Acesso em: 29 abr. 2015.

PIOVESAN, Flávia. Princípio da Complementaridade e Soberania. *Revista CEJ*, América do Norte, v. 4, n. 11, mai./ago. 2000. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/tpi/textos/tpi_piovesan.html>. Acesso em: 20 out. 2012.

_____. Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos: Jurisprudência do STF. In: *Revista Internacional Direito e Cidadania - ISSN nº. 1983-1811*, p. 13. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/piovesan_tratados_sip_stf.pdf>. Acesso em: 01º abr. 2013.

SABÓIA, Gilberto Vergne. Conferência - A criação do Tribunal Penal Internacional. In: *Revista CEJ*. v. 4 n. 11 mai./ago. 2000. Disponível em: <<http://www.ufsm.br/revistadireito/eds/v5n3/A4.pdf>>. Acesso em: 30 set. 2012.

LEGISLAÇÃO

BRASIL. Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm#adct>. Acesso em: 27 jan. 2013.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 16 abr. 2015, 14:35.

BRASIL, Decreto n.º 4.388, de 25 set. 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm>. Acesso em: 30 abr. 2015.

BRASIL. Decreto n.º. 7.030, de 14 de dezembro de 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm>. Acesso em: 27 jan. 2013.

NOTAS:

[1] PAULO; ALEXANDRINO, 2008, p. 105.

[2] O termo “plenipotenciário” significa uma autoridade, seja ela o Ministro das Relações Exteriores ou outra pessoa por ele indicada, com anuência do Presidente da República e com Carta de Plenos Poderes (por isso, plenipotenciário), que tem o poder de assinar um tratado em nome de seu país. Enfim, plenipotenciários são os chefes das Relações Diplomáticas de um determinado Estado.

[3] COMPARATO, 2010, p.461.

[4] MAZZUOLI, 2005, p. 55.

[5] MAZZUOLI, 2005, p. 54.

[6] Amplamente consagrado como princípio da Reserva Legal (ou, simplesmente, princípio da Legalidade), determina que não há crime sem lei anterior que o defina nem pena sem prévia cominação legal.

[7] Nos termos do art. 3º, § 1º do Estatuto, o Tribunal tem sede em Haia, Países Baixos (“o Estado anfitrião”), podendo funcionar em outro local sempre que se entender conveniente. (LENZA, 2008, p.704).

[8] COMPARATO, 2010, p. 467.

[9] SABÓIA, 2000.

[10] SABÓIA, 2000.

[11] SABÓIA, 2000.

[12] LENZA, 2008, p. 704.

[13] LENZA, 2008, p. 705.

[14] MAZZUOLI, 2011, p. 964.

[15] MAZZUOLI, loc. cit.

[16] *Antinomia jurídica* é definida como “a oposição que ocorre entre duas normas contraditórias (total ou parcialmente), emanadas de autoridades competentes num mesmo âmbito normativo, que colocam o sujeito numa posição insustentável pela ausência ou inconsistência de critérios aptos a permitir-lhe uma saída nos quadros de um ordenamento dado.” (FERRAZ JÚNIOR, 2008, p. 179).

[17] “As antinomias podem ser classificadas em reais ou aparentes. “A antinomia *real* é definida como aquela em que [...] a posição do sujeito é insustentável porque não há *critérios* para a sua solução, ou porque entre os critérios existentes há conflito, e é *aparente* em caso contrário”. (FERRAZ JÚNIOR, 2008, p. 180). Sendo assim, as antinomias reais são

aquelas insolúveis, enquanto as aparentes são solúveis, para as quais os critérios para solução estão no próprio ordenamento.

[18] MAZZUOLI, 2005, p. 72.

[19] LIMA, 2007.

[20] Artigo 27

Irrelevância da Qualidade Oficial

1. O presente Estatuto será aplicável de forma igual a todas as pessoas sem distinção alguma baseada na qualidade oficial. Em particular, a qualidade oficial de Chefe de Estado ou de Governo, de membro de Governo ou do Parlamento, de representante eleito ou de funcionário público, em caso algum eximirá a pessoa em causa de responsabilidade criminal nos termos do presente Estatuto, nem constituirá de *per se* motivo de redução da pena.

2. As imunidades ou normas de procedimento especiais decorrentes da qualidade oficial de uma pessoa; nos termos do direito interno ou do direito internacional, não deverão obstar a que o Tribunal exerça a sua jurisdição sobre essa pessoa.

[21] BOLFER, 2010.

[22] A ratificação, ato típico de manifestação da soberania, é voluntária e transforma em poder-dever o outrora poder dos próprios Estados Membros de processar e julgar os crimes previstos no Estatuto, sendo que apenas a inação (isto é, não o faz por não querer ou não poder) do Estado detentor da competência primária para exercício da jurisdição ensejará o acionamento da competência subsidiária do TPI.

[23] Artigo 120

Reservas

Não são admitidas reservas a este Estatuto.

[24] GOMES, 2007.

[25] PIOVESAN, p. 13.

[26] PIOVESAN, loc. cit.

[27] Artigo 27

Direito Interno e Observância de Tratados

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.

[28] Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

[29] PIOVESAN, 2000.

Conforme a NBR 6023:2000 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico publicado em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma: MARTINS, Rosemary Gonçalves. *A (in) compatibilidade na abolição das imunidades em geral e das prerrogativas de foro por exercício de função, prevista no Tratado de Roma do TPI, diante da constituição da república federativa do Brasil*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 20 maio 2015. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.53471>>. Acesso em: 23 maio 2015.

O DIREITO PENAL DO INIMIGO ATIVA BOMBAS E CRIA MONSTROS

PRISCILA JENIER VELOSO: Advogada, Especialista em Direito e Jurisdição pela Escola da Magistratura do Espírito Santo, em Direito Público pela Universidade do Sul de Sana Catarina - UNISUL.

O mundo vivencia os reflexos dos excessos cometidos pós 11 de setembro, na guerra ao terror. As leis de luta ou de combate provenientes de um direito penal de emergência começam a mostrar seus resultados.

O Estado Islâmico, organização Jihadista do Oriente Médio, começou a ter maior visibilidade social quando assassinou cruelmente três jornalistas norte americanos, em janeiro de 2015, em fevereiro, 21 cristãos egípcios, em abril 28 (vinte e oito) cristãos etíopes. Os números das atrocidades e execuções quase diárias não param de crescer. O assassinato de cristãos parecem cruzadas da modernidade. Na África folders são distribuídos prometendo recompensa para quem assassinar cristãos. Essas são as facetas desse “novo” grupo terrorista.

Com o exército paralelo radical, novas formas de articulação e execução de crimes surgem. O método tecnológico com que aliciam seus novos seguidores e divulgam suas ações, contrapõe-se a forma rudimentar com que executam suas vítimas. Mas quem são os algozes? De onde surgiram? Qual a raiz de tanta violência? E o que fazer quando políticas de segurança e ações de inteligência são insuficientes para coibir a ação de desses grupos?

Essa sucinta análise empírica tem por escopo expor brevemente as conseqüências da aplicação atual do Direito Penal do Inimigo e as seqüelas deixadas pela supressão e direitos e uso da brutalidade desmedida contra os eleitos inimigos.

Insta salientar que o estudo jurídico-sociológico das mazelas deixadas pelo direito penal do inimigo moderno não significa aceitar que em prol de uma suposta liberdade religiosa terroristas usem um invólucro religioso para cometer atrocidades contra cristãos ou grupos que ousem pesquisar e divulgar a seu respeito. O Estado Islâmico foi considerado terrorista pela Organização das Nações Unidas (ONU) e como tal deve ser severamente combatido.

As barbáries cometidas revoltam. Porém o dever do operador do direito é controlar a animosidade e fazer uma análise jurídica técnica sobre o ciclo de terror contra terror que o mundo está enfrentando.

Isso porque o direito penal não pode ser entendido como um ramo do direito distante dos fatos que ocorrem no mundo, ao contrário, ele é o termômetro e válvula propulsora do contexto social. Entender as teorias que envolvem o direito de forma dialético, proporciona melhor compreensão da sociedade e articulação no sentido da prevenção de novas barbáries.

O crescimento e fortalecimento do Estado Islâmico Islâmico teve total ligação com o “resgate” da teoria do Direito Penal Bélico (ou do Inimigo)[\[1\]](#) por Günther Jakobs em 1985 e a aplicação prática pós 11 de setembro.

Entenda a origem:

Originários na Al-Qaeda, a organização fora declarada ilegal em 2003, com a queda do governo de Saddam Hussein, propiciando que no cenário interno do Iraque cerca de 250 mil soldados iraquianos ficaram ociosos (com o “fim” da guerra ao terror)[\[2\]](#). Denúncias reportam marginalização e discriminação econômica e política contra sunitas iraquianos.

Paralelamente, prisioneiros árabes iraquianos[\[3\]](#) na base militar de Guantánamo sofriam tortura extrema[\[4\]](#), ficavam permanentemente incomunicáveis e tinham garantias mínimas afastadas pela mais “legítima” aplicação do direito penal do inimigo que, desde o seu resgate por Jákovs, o mundo já presenciou. O direito penal de terceira velocidade[\[5\]](#) servia como meio para arrancar informações do inimigo à qualquer preço e também como punição. Esses prisioneiros retornaram repletos de ódio.

A mistura explosiva terminou de ser formada quando no ano de 2011 a Al-Qaeda recebeu apoio financeiro para participar da Guerra Civil da Síria e os Estados Unidos retiraram suas tropas do Iraque, deixando o Iraque com um governo tanto repressor quando enfraquecido[\[6\]](#).

A população Iraquiana ficou fragilizada com os abusos sofridos, deixou de confiar no governo atual. Conclusão: Solo fértil para que o grupo radical exerça um braço paralelo de poder. E neste contexto nasce o Estado Islâmico, como dissidência do Al-Qaeda.

Boaventura dos Santos qualifica de Suspensão jurídica ou ajuridicidade a situação mediante a qual o governo enfraquece, a população fica carente e ocorre a privatização das normas que regem

potencialmente a conduta social. O Estado Islamico obtém o apoio da população porque ocupa o vácuo deixado pelo governo que os desamparou e discriminou. Utilizam a religião para convencer e apoio financeiro às viúvas e crianças para se solidificar.

A indisponibilidade estrutural dos mecanismos oficiais de ordenação e controle social e a ausência de mecanismos não-oficiais comunitários criaram uma situação que designarei por privatização possessiva do direito. É uma situação susceptível de ocorrer, por exemplo, em sociedades muito jovens constituídas à margem de estatutos organizativos definidos, como é o caso da sociedade de fronteira, ou em sociedades em fase de ruptura (devido a revolução, guerra, etc.) e de desestruturação e reestruturação profundas. Esta situação caracteriza-se pela apropriação individual da criação e aplicação das normas que regem potencialmente a conduta social ... No momento, porém, em que os conflitos surgem, o choque não é meramente entre reivindicações fácticas ou normas jurídicas isoladas, é antes entre duas ordens jurídicas, duas pretensões globais de juridicidade ou ainda entre duas vocações contraditórias (mutuamente exclusivas) de universalização jurídica. Nestas condições, o conflito atinge rapidamente uma intensidade extrema, pois que tende a generalizar-se a todas as relações sociais entre as

partes conflitantes, inclusivamente àquelas não envolvidas inicialmente no conflito. [\[7\]](#)

O cenário da guerra ao terror contribuiu para despertar e alimentar um gigante que estava quase morto.

O Estado Islâmico possui peculiaridades até então desconhecidas. Ele é fluído, articulado, tem alto poder financeiro, entende de tecnologia e quando agem são vorazes, chamam atenção pelas barbáries praticadas contra os prisioneiros.

Obviamente que, ante a peculiaridade do caso, é necessário a antecipação do *Iter criminis* em determinadas circunstâncias de tempo, modo, local como meio para prevenir o aliciamento de jovens iludidos com os supostos ideais pregados, ganhos econômicos prometidos ou que vêm na milícia um meio de extravasar a própria violência. Principalmente porque tais ações evitam que pessoas inocentes sejam assassinadas nas mãos de algozes, simplesmente por proferirem sua fé religiosa. Ante a peculiaridade do caso não soa absurdo antecipar atos executórios quando se combate um grupo terrorista pulverizado e sem face, porém uma ação no sentido de antever a ação terrorista e punir crimes formais e de mera conduta não significa a total supressão de outras garantias, à exemplo da tortura extrema e da incomunicabilidade permanente. As feridas deixadas pós 11 de setembro ainda estão abertas e exagerar na dose pode corroborar para o fortalecimento do grupo radical terrorista, proporcionando a adesão de outros grupos ao Estado Islâmico.

A intervenção militar e o uso da brutalidade desmedida, à exemplo de Guantánamo, servem ao fortalecimento do direito penal simbólico, aumento do índice de aliciamento de novos integrantes, sentimento de discriminação da população e conseqüente apoio aos carrascos.

Criar inimigos contribui para xenofobia e fortalecimento da sensação coletiva de necessidade de limpeza étnica, similares aos utilizados pelo direito penal bélico para justificar os genocídios cometido durante o nazismo.

Tendo o momento político internacional atual como premissa, a medida de proporcionalidade é o divisor de águas entre gerar novos inimigos e prevenir e punir as ações terroristas.

É preciso repensar o direito penal como meio de solução para os transtornos sociais mais severos, a observação empírica mostra que a fórmula *Inimigo do Estado* está gerando um resultado catastrófico.

Ainda sem levar em conta o fato posto, uma intervenção militar externa nos moldes da que ocorreu no Iraque pós 11 de setembro pode gerar a união de grupos extremistas do Oriente Médio que ainda são rivais contra um inimigo comum.

Conclusão

Discutimos neste texto muito mais indagativo do que conclusivo, algumas facetas do direito penal bélico no cenário atual.

No caso do Estado Islâmico, por exemplo, raramente há um rosto ou conduta atribuída à pessoa individualmente caracterizada. Nas ações articuladas pelo grupo, portanto, requer uma certa atuação preventiva, antevisão da prática do crime e repressão a determinados atos

preparatórios e tipos formais e de mera conduta, não só para impedir novas atrocidades contra seres humanos mas frear o alto índice de alistamento de novos integrantes, iludidos com o grupo terrorista.

O jornalista do *The Guardian* [Ghaith Abdul-Ahad](#), assevera que

Uma solução militar apenas tornará a situação pior, criando cada vez mais grupos armados para combater o Estado Islâmico ... sem redistribuição de riqueza, solução social, solução que mostre aos sunitas do Iraque que são parte desta entidade, gostando ou não, (...) continuaremos neste ciclo.”^[8]

Aplicar o direito penal e não o direito penal do inimigo, com política de desmantelamento e prisão dos culpados, em conjunto com ações para a inclusão social e personificação da população árabe (que se encontra estigmatizada e excluída), é o caminho mais adequado para o enfraquecimento e derrota do Estado Islâmico. Punir sem despersonalizar.

Ações de custódia preventiva, prisões com respeito ao direito à alimentação, saúde, sem incomunicabilidade permanente. Interrogatório utilizando métodos inteligentes de busca da verdade real, sem atos extremos de tortura. O indivíduo não fica completamente sem personalidade, mas tem seus direitos da personalidade restringidos e a sociedade não sucumbe à maldade alheia, não se torna o algoz, nem cria seus próprios monstros.

A história ensina, os fatos atuais corroboram: violência só gera violência.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. Salvador: Jus Podivm, 2013.

Greco, Rogério. **Direito Penal do Inimigo**. <http://www.rogeriogreco.com.br/?p=1029> Acesso em 15 de abril de 2015.

Jakobs, Günter. **Direito Penal do Inimido: Noções e críticas**. Ponto Alegre. Livraria do Advogado, 2007.

Jeniêr, Priscila. **Direito Penal do Inimigo**. <http://jus.com.br/artigos/38395/o-direito-penal-do-inimigo> Acesso em 22 de abril de 2015.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Notas sobre a história jurídico social de Pasárgada**. In: SOUTO, Cláudio e FALCÃO, Joaquim (Orgs.); Sociologia e Direito: textos básicos para a disciplina da sociologia jurídica. São Paulo: Pioneira, 1999.

Zaffaroni, Raúl. **El Derecho Penal del enemigo**. Dykinson, 2006.

NOTAS:

[1] *“É a vertente do direito penal máximo, que tem como missão o combate de tipos determinados de criminalidade através adoção de políticas públicas voltadas para a de antevissão do crime, supressão de garantias e endurecimento de penas e leis”*. Saiba mais em: <http://jus.com.br/artigos/38395/o-direito-penal-do-inimigo>

[2] Foram despedidos por serem afiliados do Partido Baath.

[3] Um dos atuais líderes do Estado Islâmico, Abu-Bakr AL-Baghdadi, fora prisioneiro dos EUA em Guantânamo.

[4] Segundo relatório do Comitê de inteligência do Senado sobre a da CIA (Agência Central de Inteligência) publicado em 2014, a tortura em nível extremo foi um dos métodos utilizado para dar “eficácia” aos aprisionamentos.

[5] *“Segundo a doutrina, Direito penal de primeira velocidade se caracteriza pelo cárcere com as garantias plenamente respeitadas, da forma como ocorre no direito penal tradicional, atendidos os princípios constitucionais, penais e processuais. O Direito penal de segunda velocidade, por sua vez, tem como característica a adoção de penas alternativas (penas restritivas de direitos e penas pecuniárias), com a sucessiva flexibilização de garantias (a exemplo da transação penal da Lei n. 9099/95[5]). Por fim, direito penal de terceira velocidade – integrado pelo direito penal bélico, que possui traços de modalidade híbrida: mantém o cárcere presente na primeira velocidade, porém suprime as garantias da segunda velocidade. Em outros termos, o direito penal do inimigo condensa a severidade da primeira e segunda velocidade em uma terceira categoria”.* Saiba mais em: <http://jus.com.br/artigos/38395/o-direito-penal-do-inimigo>

[7] SANTOS, Boaventura de Sousa. Notas sobre a história jurídico social de Pasárgada. São Paulo: 1999.

[8] [Ghaith Abdul-Ahad](#) é jornalista do *The Guardian* e Vencedor do prêmio Orwell de jornalismo por sua cobertura da guerra da Síria passou o verão com milícias perto de Baghdad, afirma que uma solução militar apenas tornará a situação pior, criando cada vez mais grupos armados para combater o Estado Islâmico.

Conforme a NBR 6023:2000 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico publicado em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma: VELOSO, Priscila Jenier. *O direito penal do inimigo ativa bombas e cria monstros*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 20 maio 2015. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.53475>>. Acesso em: 23 maio 2015.

PEC 457/05 E EC 88/2015 COMO PRECEDENTE NORMATIVO PARA ALTERAÇÃO DA IDADE DE APOSENTADORIA COMPULSÓRIA DO SERVIDOR PÚBLICO.

JOSÉ FLÁVIO MATOS SOUZA: Bacharelando do curso de Direito da Faculdade AGES.

RESUMO: Aprovada na Câmara dos deputados a chamada PEC da bengala aumenta de 70 para 75 anos a idade para aposentadoria compulsória dos ministros das cortes superiores e TCU, abrindo precedente normativo para alteração da idade máxima para aposentadoria do servidor público, tal EC aprovada em meio a tensões entre o Congresso e o Governo Federal tramitava a dez anos e está sendo alvo de críticas pelo caráter político e casuístico da aprovação.

PALAVRAS-CHAVE: aposentadoria compulsória, idade máxima, servidor publico precedente normativo.

1 INTRODUÇÃO

O projeto de emenda á Constituição federal 457/05 que tramitava no Congresso nacional a quase dez anos e teve sua votação concluída em segundo turno a Câmara dos Deputados em

05/05/2015 transformado na EC88/2015 altera a idade máxima para aposentadoria compulsória dos ministros das cortes superiores e TCU de 70 para 75 anos. Devido á crescente expectativa de vida com o decorrer dos anos, somada ao notável saber jurídico e experiência dos ministros de cortes superiores, o projeto apresenta conteúdo relevante e justificável, contudo aprovado em um momento de tensão entre os poderes, apresenta caráter casuístico e abre precedentes normativos para aplicação de forma análoga á magistratura em geral e aos demais servidores públicos.

2. APOSENTADORIA NA CF

Tema relevante, pois afeta a expectativa de toda uma coletividade, sendo um direito social, se preocupou a CR/88 em tratar o tema, segundo LOPES:

A aposentadoria permite ao trabalhador passar à inatividade recebendo certa remuneração, levando em consideração certas circunstâncias previstas em lei. A aposentadoria é o direito à inatividade remunerada garantido pela Constituição Federal, nos termos do § 1º do art. 40, consoante a redação que lhe atribui a Emenda Constitucional 41/2003. Logo, imperiosa a análise do art. 40, da Constituição Federal, que delimita e regulamenta a matéria em exame, atribuindo condições, requisitos

e direitos aos servidores ocupantes de cargos efetivos, junto à Administração Pública.

2 A LEI 8112/91

Deverá a aplicação análoga da idade máxima para aposentadoria compulsória refletir no cálculo do abono de permanência e valor do benefício das demais categorias de servidores públicos, inclusive daquele que estão abrangidos por aposentadoria especial, conforme BARBOSA:

3 O Poder Judiciário outro caminho não vem trilhando, conforme explicita o excerto abaixo:

4 “ADMINISTRATIVO. POLICIAL FEDERAL. APOSENTADORIA ESPECIAL. ABONO DE PERMANENCIA EM SERVIÇO. LC Nº 51/85. POSSIBILIDADE. 1. O abono de permanência foi introduzido na Constituição Federal de 1988 com a Emenda Constitucional nº 41/2003, com o objetivo de incentivar os servidores públicos a permanecerem em atividade mesmo após completarem os requisitos para obtenção da aposentadoria voluntária. 2. A condição sine qua non para a percepção do abono de permanência em serviço é o preenchimento das condições necessárias à obtenção da aposentadoria voluntária, com a permanência no exercício da atividade, não tendo a lei excluído da possibilidade de recebimento da vantagem, qualquer carreira de servidor público.

3. A carreira de Policial Federal, por ser atividade de risco, exige menor período de tempo para aposentadoria, o que não significa que, por esse motivo, não faça jus o titular à percepção do abono de permanência se continuar em serviço. Se assim fosse, não haveria incentivo para o policial federal permanecer em atividade, o que tornaria inócua a intenção do legislador constitucional. 4. Apelação desprovida. 5. Remessa oficial parcialmente provida”.6

O texto legal da lei 8112 , vigente até o momento e já alvo de pretensões quanto a sua alteração, estende a todos servidores públicos a idade limite de aposentadoria compulsória:

Art. 186. O servidor será aposentado: [\(Vide art. 40 da Constituição\)](#) I - por invalidez permanente, sendo os proventos integrais quando decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificada em lei, e proporcionais nos demais casos; II - compulsoriamente, aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de serviço; III - voluntariamente: a) aos 35 (trinta e cinco) anos de serviço, se homem, e aos 30 (trinta) se mulher, com proventos integrais; b) aos 30 (trinta) anos de efetivo exercício em funções de magistério se

professor, e 25 (vinte e cinco) se professora, com proventos integrais; c) aos 30 (trinta) anos de serviço, se homem, e aos 25 (vinte e cinco) se mulher, com proventos proporcionais a esse tempo; d) aos 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, e aos 60 (sessenta) se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de serviço. § 1º Consideram-se doenças graves, contagiosas ou incuráveis, a que se refere o inciso I deste artigo, tuberculose ativa, alienação mental, esclerose múltipla, neoplasia maligna, cegueira posterior ao ingresso no serviço público, hanseníase, cardiopatia grave, doença de Parkinson, paralisia irreversível e incapacitante, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, estados avançados do mal de Paget (osteíte deformante), Síndrome de Imunodeficiência Adquirida - AIDS, e outras que a lei indicar, com base na medicina especializada. § 2º Nos casos de exercício de atividades consideradas insalubres ou perigosas, bem como nas hipóteses previstas no art. 71, a aposentadoria de que trata o inciso III, "a" e "c", observará o disposto em lei específica. § 3º Na hipótese do inciso I o servidor será submetido à junta médica oficial, que atestará a invalidez quando caracterizada a incapacidade para o desempenho das

atribuições do cargo ou a impossibilidade de se aplicar o disposto no art. 24. [\(Incluído pela Lei nº 9.527, de 10.12.97\)](#) Art. 187. A aposentadoria compulsória será automática, e declarada por ato, com vigência a partir do dia imediato àquele em que o servidor atingir a idade-limite de permanência no serviço ativo.

5. PEC 457/05 AGORA EC 88/2015

A agora aprovada EC 88/2015 de eficácia limitada prevê a alteração por lei complementar da idade para aposentadoria compulsória, sendo norma de eficácia limitada neste item, já vigorando com relação a ministros dos tribunais superiores e TCU, vejamos teor da emenda:

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do § 3º do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional: Art. 1º O art. 40 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte alteração: "Art. 0§ 1º II - compulsoriamente, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição, aos 70 (setenta) anos de idade, ou aos 75 (setenta e cinco) anos de idade, na forma de lei Complementar;..... "(NR) Art. 2º O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias passa a vigorar acrescido do seguinte

art. 100:"[Art. 100](#). Até que entre em vigor a lei complementar de que trata o inciso II do § 1º do art. 40 da Constituição Federal, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Superiores e do Tribunal de Contas da União aposentar-se-ão, compulsoriamente, aos 75 (setenta e cinco) anos de idade, nas condições do art. 52 da Constituição Federal."Art. 3º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.

6. CONCLUSÃO

A chamada PEC da bengala, aprovada no Congresso Nacional transformada na EC 88/2015 buscou aproveitar a experiência adquirida ao longo dos anos de magistrados membros dos tribunais superiores e TCU, seu conteúdo deverá ser estendido aos demais membros da magistratura já por analogia, e por lei complementar ser aplicado aos demais servidores públicos. Contudo sua aprovação deu-se como espécie de retaliação ao atual governo federal pelas tensões recentes entre Congresso Nacional e poder executivo federal. Reconhece experiência e expectativa de vida se servidores e deverá contribuir com a adequação do regime próprio de previdência social a expectativa de vida crescente com os avanços da medicina e qualidade de vida.

REFERÊNCIAS

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

SITES PESQUISADOS

BARBOSA, Carlos Henrique Vieira. A aposentadoria especial do servidor público e o direito ao abono de permanência. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVII, n. 122, mar 2014. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14567 >. Acesso em maio 2015.

LOPES, Hálisson Rodrigo. A aposentadoria dos servidores públicos titulares de cargos efetivos. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 90, jul 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9796>. Acesso em maio 2015. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc88.htm
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm

Conforme a NBR 6023:2000 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico publicado em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma: SOUZA, José Flávio Matos. *PEC 457/05 e EC 88/2015 como precedente normativo para alteração da idade de aposentadoria compulsória do servidor público*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 20 maio 2015. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.53470>>. Acesso em: 23 maio 2015.

IGUALDADE ENTRE HOMENS E MULHERES NO ORDENAMENTO JURÍDICO

ROSANE BARROS SANTOS DA SILVA:
Administradora, pós-graduada em Gestão de Projetos, pós-graduanda em Gestão Pública e graduanda em Direito.

RESUMO: Refletir sobre a garantia de igualdade entre homens e mulheres no ordenamento jurídico analisando os reflexos da legislação responsável por regular as relações, as instituições e os processos sociais. Foi utilizada como método de análise a pesquisa bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE: Princípio da Igualdade. Princípio Constitucional. Mulheres e Homens.

SUMÁRIO: 1.INTRODUÇÃO; 2. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE ENTRE HOMENS E MULHERES; 3. CONCLUSÃO, 4. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

Na história da humanidade, as civilizações antigas colocavam as mulheres em posição inferior em relação aos homens, baseados em leis discriminadoras e também baseados nos seus costumes. Essa posição de inferioridade não se resumia apenas na seara doméstica ou familiar, se estendia ao cenário público e privados, onde a presença das mulheres geralmente era limitada, como exemplo: remuneração menor em relação a remuneração dos homens em atividades iguais; a proibição em participação na política, etc.

Na Carta Magna de 1988, fica claro, a defesa da igualdade entre homens e mulheres, sendo compromisso dos estados democráticos de direito. O importante para que esse direito seja respeitado é necessário à apreciação dos instrumentos jurídicos existentes, e cobrar que esses direitos sejam assegurados a todos.

2. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE ENTRE HOMENS E MULHERES

Desde 1988 com a publicação da Constituição Federal que tem como cláusula pétrea, de que "todos são iguais perante a lei" e que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações.

De acordo com a luz do princípio da igualdade entre homens e mulheres previsto na Carta Magna de 1988 no seu art. 5º, I, é uma regra da CLT art. 384, cuja redação originária é de 1943, que concede um intervalo especial à mulher, onde encerraria ordem, dando direito também aos homens, outro tema não absolutamente pacificado é o relativo à proibição da revista íntima dirigida às mulheres, conforme art. 343 da CLT, e isso é regra e será aplica também aos homens, por força do mesmo dispositivo constitucional do art. 5º, I.

Conforme o Tribunal do Trabalho do Paraná, por um dos seus Juízes mais brilhantes, lavrou acórdão expresso a esse respeito:

TRABALHO DA MULHER. O art. 384 da CLT, dispondo ser obrigatório um descanso de 15 minutos antes do período extraordinário do trabalho da mulher, foi recepcionado pela Nova Carta Constitucional, expandindo seus efeitos

também sobre o trabalho do homem. É que o artigo em comento deve ser resolvido em favor do trabalhador, pois o objetivo da norma constitucional, longe de mitigar direitos, visa a ampliação dos mínimos existentes, sendo válida a ilação de que, ante o ditado do art. 5º, I, da Carta Política de 1988, homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações.

Com isso, a Carta Magna no seu art. 5, I, Igualou o constituinte, homens e mulheres, levando em considerado as solicitações reclamadas nas extensas lutas travadas contra a discriminação. E garantiu a igualdade em direitos e obrigações entre homens e mulheres.

Baseado no pensamento de Moraes, sobre o princípio da igualdade:

O princípio da igualdade consagrado pela constituição opera em dois planos distintos. De uma parte, frente ao legislador ou ao próprio Poder Executivo, na edição, respectivamente, de leis, atos normativos e medidas provisórias, impedindo que possam criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que se encontram em situação idêntica. Em outro plano, na obrigatoriedade ao intérprete, 3 basicamente, a autoridade

pública, de aplicar a lei e atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações em razão de sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça e classe social. (MORAES, 2002, p. 65).

O princípio da igualdade pressupõe que as pessoas colocadas em situações diferentes sejam tratadas de forma desigual: “Dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades”. (NERY JUNIOR, 1999, p. 42).

Podemos lembrar de Rui Barbosa, em sua “Oração aos Moços”, quando evidenciou a importância de entender-se bem o sentido da igualdade:

A regra de igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualam. Nessa desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não, igualdade real.

Contudo o princípio da isonomia, existe um dever de não discriminar e um dever de igualizar. Isso é um conceito eficaz e multifuncional de igualdade, adotado pela Constituição brasileira.

Embora os progressos e as merecidas conquistas das mulheres ao longo desses anos, na área do direito de família em especial quanto à questão dos alimentos, as modificações ainda são lentas.

A Carta Magna atual altera o tratamento jurídico dispensado às mulheres, onde nas constituições anteriores não deram destaque a esse tema. Como assegura Cristiane Maria Sbalqueiro Lopes, aborda a superação de um paradigma jurídico que corroborava claramente a organização patriarcal e a coerente preferência do homem ante a mulher, especialmente no âmbito da família. Ela delinea-se uma ideologia de igualdade de direitos e deveres. Onde a ruptura paradigmática, segundo a autora, provocará a construção de um novo conjunto de valores, de uma nova estrutura que dê coerência ao ordenamento jurídico.

3. CONCLUSÃO

Portanto, no Brasil fica claro que as mulheres ainda encontram-se em desvantagem em relação aos homens em termos de cargos, condições de trabalho e salário, sendo imprescindível fiscalizar o cumprimento às normas de não-discriminação já existentes.

4. REFERÊNCIAS

BARBOSA, Rui. **Oração aos Moços**. São Paulo: Edição da Revista Arcadia, 1944. p. 38-39

CANOTILHO. J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998. CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 3. ed. rev. atual. Niterói-RJ: Editora Impetus, 2009.

LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. **Direito do trabalho da mulher: da proteção à promoção**. Cadernos Pagu nº 26, janeiro-junho de 2006, p. 405-430.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002.

NERY JÚNIOR, Nélon. **Princípios do processo civil à luz da Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PARANÁ. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. RO 2.659/01, Rel. Juiz Roberto Dala Barba. Ac. 29.654/01, DJ/PR 19.10.01.

Conforme a NBR 6023:2000 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico publicado em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma: SILVA, Rosane Barros Santos da. *Igualdade entre homens e mulheres no ordenamento jurídico*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 20 maio 2015. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.53473>>. Acesso em: 23 maio 2015.

IGUALDADE ENTRE HOMENS E MULHERES NO ORDENAMENTO JURÍDICO

ROSANE BARROS SANTOS DA SILVA:
Administradora, pós-graduada em Gestão de Projetos, pós-graduanda em Gestão Pública e graduanda em Direito.

RESUMO: Refletir sobre a garantia de igualdade entre homens e mulheres no ordenamento jurídico analisando os reflexos da legislação responsável por regular as relações, as instituições e os processos sociais. Foi utilizada como método de análise a pesquisa bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE: Princípio da Igualdade. Princípio Constitucional. Mulheres e Homens.

SUMÁRIO: 1.INTRODUÇÃO; 2. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE ENTRE HOMENS E MULHERES; 3. CONCLUSÃO, 4. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

Na história da humanidade, as civilizações antigas colocavam as mulheres em posição inferior em relação aos homens, baseados em leis discriminadoras e também baseados nos seus costumes. Essa posição de inferioridade não se resumia apenas na seara doméstica ou familiar, se estendia ao cenário público e privados, onde a presença das mulheres geralmente era limitada, como exemplo: remuneração menor em relação a remuneração dos homens em atividades iguais; a proibição em participação na política, etc.

Na Carta Magna de 1988, fica claro, a defesa da igualdade entre homens e mulheres, sendo compromisso dos estados democráticos de direito. O importante para que esse direito seja respeitado é necessário à apreciação dos instrumentos jurídicos existentes, e cobrar que esses direitos sejam assegurados a todos.

2. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE ENTRE HOMENS E MULHERES

Desde 1988 com a publicação da Constituição Federal que tem como cláusula pétrea, de que "todos são iguais perante a lei" e que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações.

De acordo com a luz do princípio da igualdade entre homens e mulheres previsto na Carta Magna de 1988 no seu art. 5º, I, é uma regra da CLT art. 384, cuja redação originária é de 1943, que concede um intervalo especial à mulher, onde encerraria ordem, dando direito também aos homens, outro tema não absolutamente pacificado é o relativo à proibição da revista íntima dirigida às mulheres, conforme art. 343 da CLT, e isso é regra e será aplica também aos homens, por força do mesmo dispositivo constitucional do art. 5º, I.

Conforme o Tribunal do Trabalho do Paraná, por um dos seus Juízes mais brilhantes, lavrou acórdão expresso a esse respeito:

TRABALHO DA MULHER. O art. 384 da CLT, dispondo ser obrigatório um descanso de 15 minutos antes do período extraordinário do trabalho da mulher, foi recepcionado pela Nova Carta Constitucional, expandindo seus efeitos

também sobre o trabalho do homem. É que o artigo em comento deve ser resolvido em favor do trabalhador, pois o objetivo da norma constitucional, longe de mitigar direitos, visa a ampliação dos mínimos existentes, sendo válida a ilação de que, ante o ditado do art. 5º, I, da Carta Política de 1988, homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações.

Com isso, a Carta Magna no seu art. 5, I, Igualou o constituinte, homens e mulheres, levando em considerado as solicitações reclamadas nas extensas lutas travadas contra a discriminação. E garantiu a igualdade em direitos e obrigações entre homens e mulheres.

Baseado no pensamento de Moraes, sobre o princípio da igualdade:

O princípio da igualdade consagrado pela constituição opera em dois planos distintos. De uma parte, frente ao legislador ou ao próprio Poder Executivo, na edição, respectivamente, de leis, atos normativos e medidas provisórias, impedindo que possam criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que se encontram em situação idêntica. Em outro plano, na obrigatoriedade ao intérprete, 3 basicamente, a autoridade

pública, de aplicar a lei e atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações em razão de sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça e classe social. (MORAES, 2002, p. 65).

O princípio da igualdade pressupõe que as pessoas colocadas em situações diferentes sejam tratadas de forma desigual: “Dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades”. (NERY JUNIOR, 1999, p. 42).

Podemos lembrar de Rui Barbosa, em sua “Oração aos Moços”, quando evidenciou a importância de entender-se bem o sentido da igualdade:

A regra de igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigalam. Nessa desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não, igualdade real.

Contudo o princípio da isonomia, existe um dever de não discriminar e um dever de igualizar. Isso é um conceito eficaz e multifuncional de igualdade, adotado pela Constituição brasileira.

Embora os progressos e as merecidas conquistas das mulheres ao longo desses anos, na área do direito de família em especial quanto à questão dos alimentos, as modificações ainda são lentas.

A Carta Magna atual altera o tratamento jurídico dispensado às mulheres, onde nas constituições anteriores não deram destaque a esse tema. Como assegura Cristiane Maria Sbalqueiro Lopes, aborda a superação de um paradigma jurídico que corroborava claramente a organização patriarcal e a coerente preferência do homem ante a mulher, especialmente no âmbito da família. Ela delinea-se uma ideologia de igualdade de direitos e deveres. Onde a ruptura paradigmática, segundo a autora, provocará a construção de um novo conjunto de valores, de uma nova estrutura que dê coerência ao ordenamento jurídico.

3. CONCLUSÃO

Portanto, no Brasil fica claro que as mulheres ainda encontram-se em desvantagem em relação aos homens em termos de cargos, condições de trabalho e salário, sendo imprescindível fiscalizar o cumprimento às normas de não-discriminação já existentes.

4. REFERÊNCIAS

BARBOSA, Rui. **Oração aos Moços**. São Paulo: Edição da Revista Arcadia, 1944. p. 38-39

CANOTILHO. J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998. CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 3. ed. rev. atual. Niterói-RJ: Editora Impetus, 2009.

LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. **Direito do trabalho da mulher: da proteção à promoção**. Cadernos Pagu nº 26, janeiro-junho de 2006, p. 405-430.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002.

NERY JÚNIOR, Nélon. **Princípios do processo civil à luz da Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PARANÁ. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. RO 2.659/01, Rel. Juiz Roberto Dala Barba. Ac. 29.654/01, DJ/PR 19.10.01.

Conforme a NBR 6023:2000 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico publicado em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma: SILVA, Rosane Barros Santos da. *Igualdade entre homens e mulheres no ordenamento jurídico*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 20 maio 2015. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.53473>>. Acesso em: 23 maio 2015.

LOBBY DA MAGISTRATURA A FAVOR DA JUDICIALIZAÇÃO

ROBERTO MONTEIRO PINHO: Foi diretor de Relações Internacionais da Confederação Geral dos Trabalhadores (CGT), editor do periódico *Jornal da Cidade*, correspondente internacional, juiz do trabalho no regime paritário, é Membro da Associação Brasileira de Imprensa ABI, radialista, consultor e dirigente sindical, no setor privado é diretor de RH, especialista em Arbitragem (Lei 9.307/96), Membro da Associação Sulamericana de Arbitragem - ASASUL, Membro do Clube Jurídico do Brasil, titular da Coluna Justiça do Trabalho do jornal "Tribuna da Imprensa" do RJ, (Tribuna online), é Assessor Especial da Presidência da Ordem dos Advogados do Brasil - Subseção Barra da Tijuca - RJ, no campo da advocacia, com foco no judiciário brasileiro, vem dando através de matérias temáticas,

apoio as causas do segmento através do seu "Blog online", e colabora com 29 dos principais sites jurídicos trabalhistas do País.

Conforme já observei a Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) prevê a aplicação do Código de Processo Civil (CPC) no processo trabalhista, nos casos de omissão da CLT. Neste sentido o legislador tratou de incluir de forma objetiva o artigo 15 do novo CPC, que diz: “Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente”. Há quem entenda, (embora de corrente minoritária) que ao prever apenas os casos em que há uma lacuna legal, sem falar em compatibilidade entre as regras, a norma deixa dúvidas quando: o juiz do Trabalho não aplicar nada do novo CPC; o juiz usar só o CPC, ou cada vara do Trabalho aplicar entendimentos diversos, gerando insegurança jurídica. Daí conseqüente, temos temida vilã, a morosidade da justiça.

Vamos avaliar todo contexto de forma horizontal, sem paixão e entrando na objetividade e na solução pacífica do conflito. Entendo por todos os meios e sentimento de justiça, temos que incentivar a mudança de mentalidade assim como a resolução alternativa dos conflitos. A Carta Magna propugna pela “solução pacífica das controvérsias”, a fim de evitar o litígio judicial que sem dúvida alguma entrará no *tsunami* de aproximadamente 100 milhões de ações estocadas nos tribunais do país. Aqui não tem estado, não tem juiz e obrigatoriedade. Essa conversa de que tudo se resolve na justiça, é uma gangrena no sistema judicial, infectado pelo corporativismo dos juizes, que enxergam nocivamente somente aos seus interesses materiais.

Os incisos 1 e 2 do artigo 3, e no artigo 359 (novo CPC) são feitas menções à arbitragem. Segundo o texto, o Estado "promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos" e o juiz "tentará conciliar as partes, independentemente do emprego anterior de outros métodos de solução consensual de conflitos, como a mediação e a arbitragem".

O instituto da conciliação não é uma utopia no elenco das regras do direito. É um desejo intenso e plausível produto de uma sociedade séria, e senhora absoluta do seu livre manifesto. Ao conduzir o proposto litígio a judicialização o estado juiz, incentiva o antagonismo social, peça insistentemente combatida nas cartas de princípios e nos pactos entre os povos. Os acordos (ainda que imperfeitos) nunca serão piores do que a solução que nunca chega. E isso é o que temos no judiciário brasileiro, onde 63% dos conflitos nunca se resolvem. O papel do advogado, no terceiro milênio, já não tem mais nada a ver com a processualística (sim, com a mediação, conciliação, com o acordo). Até no campo criminal essa é uma tendência mundial (por meio, por exemplo, da delação premiada) que abre caminho para efetivação da justiça, e diminui custos para o estado no diligenciamento do processo. Neste aspecto em suas manifestações o MPF já dera notável esclarecimento, “se trata de um instituto, de grande utilidade para efetivação da justiça”.

É fato que a maior parte do tempo, nas faculdades, os alunos passam aprendendo a litigar. O advogado não pode mais se formar pensando só em litigar. Aquele profissional criador de caso, retrógado e

fechado para a pacificação, já não mais tem espaço no neoliberalismo/produtivo. O *locus* primordial para a resolução dos conflitos não pode ser somente o fórum, os escritórios precisam ser o oráculo inicial da ação. O advogado não tem mais que priorizar teses jurídicas que serão defendidas. Devem dialogar e cada escritório tem que se transformar num núcleo de mediação. O escritório é o campo da pacificação. O novo mundo do advogado consiste em saber muita coisa sobre as teorias do conflito, psicologia, neurociência, técnicas de negociação, táticas comunicacionais, diálogo, resolução alternativa e paz individual e social. Uma cobrança, por exemplo, pode ser feita através de notificação prejudicial (extra), como são feitas nas imobiliárias e administradoras de bens, com absoluto sucesso.

Conforme a NBR 6023:2000 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico publicado em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma: PINHO, Roberto Monteiro. *Lobby da magistratura a favor da judicialização*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 20 maio 2015. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.53474>>. Acesso em: 23 maio 2015.

PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E LIBERDADE DE IMPRENSA: A COBERTURA MIDIÁTICA E SUA INFLUÊNCIA NO TRIBUNAL DO JÚRI. ESTUDO EM HOMENAGEM AO PROFESSOR NASSER ABRAHIM NASSER NETTO

FELIPE AUGUSTO FONSECA VIANNA: Mestrando em Criminal Justice pela California Coast University. Pós-graduado em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Amazonas. Professor das Escolas Atualizar Saúde e Protetiva Saúde. Autor de obra doutrinária e artigos jurídicos publicados em periódicos especializados.

Resumo: Este artigo trata da tensão existente entre a presunção de inocência e a liberdade de imprensa, ambas constitucionalmente previstas. Nessa linha, problematiza-se o tema com as seguintes indagações: a cobertura midiática de crimes, em especial aqueles cometidos com violência física, pode influenciar a formação de convicção nos jurados? Caso positivo, como conciliar da melhor forma a presunção de inocência de que goza o réu com a liberdade de imprensa que gozam os veículos de comunicação, de forma que os fatos por esses noticiados não prejudiquem a ampla defesa daquele? Após brevíssima análise do princípio da presunção de inocência, do princípio da liberdade de imprensa e dos efeitos que a cobertura da mídia exerce sobre os jurados, propor-se-á que, quando da notícia de crimes por parte da imprensa, sejam omitidos nomes, fotos e outras características dos envolvidos que possam levar a sua identificação e formação de prejuízos na sociedade, de onde são escolhidos os jurados.

Palavras-chave: Presunção de Inocência. Liberdade de Imprensa. Tribunal do Júri.

Sumário: 1 Introdução. 2 Presunção de Inocência. 2.1 Garantia Política. 2.2 Norma de Tratamento. 2.3 Norma de Julgamento. 3. Liberdade de Imprensa. 4. A Cobertura Midiática em Matéria Penal e sua Influência no Tribunal do Júri. 4.1 Características gerais da cobertura de matérias penais pela mídia. 4.2 Exemplos de coberturas jornalísticas. 4.2.1 Caso dos Irmãos Naves. 4.2.3 Caso do Bar Bodega 4.2.3 Caso Nardoni. 4.3 Estudos psicológicos acerca da influência exercida por notícias jornalísticas na formação da convicção dos jurados. 5. A Necessária Conciliação entre a Presunção de Inocência e a Liberdade de Imprensa. 5.1 Regra da Proporcionalidade. 5.1.1 Adequação. 5.1.2 Necessidade. 5.1.3 Proporcionalidade em sentido estrito. 5.1.4 Lei do Sopesamento. 5.2 Proposta concreta. 5.1.1 *Sub Judice Contempt*. 5.2.2 *Suppression Order*. 5.3 Propostas para o Direito Brasileiro. 6 Conclusão. Referências.

1 Introdução.

Com o recente passamento do Professor Nasser Abraham Nasser Netto, a sociedade jurídica, em especial a amazonense, se viu órfã de um de seus maiores cultores. Seus ensinamentos como professor, seu amor pela ciência jurídico-penal, sua atuação irrepreensível como Promotor de Justiça e seu apego irrestrito aos direitos e garantias fundamentais do réu (que ele costumava chamar ludicamente de “rei”), contudo, vivem ardentemente dentro de todos aqueles que, como este autor, tiveram a honra e a oportunidade de ser seus alunos e, em meu caso, orientando em monografia de conclusão de curso. Em minha obra doutrinária e em meus artigos jurídicos publicados é claríssima, para quem conheceu as ideias do Professor Nasser, sua influência em todas as linhas ali escritas.

Justamente lembrando de sua intransigência com os direitos fundamentais do réu   que se escolheu o tema sempre palpitante da presun o de inocência diante da cobertura midiática cada vez mais escandalosamente sensacionalista e pr -julgadora que os vários veículos de comunica o (televisão, revistas, livros, jornais, *internet* e etc.) empreendem em matéria criminal.

Atualmente, ninguém pode colocar em d vidas a importância democrática das informa es obtidas através da m dia; tanto assim o   que a liberdade de imprensa, no Brasil, possui raiz constitucional (art. 220 da Constitui o de 1988).

Contudo, não   menos verdadeiro que, devido   maciça exposi o dos consumidores, a m dia também acaba, muitas vezes, atuando como “formadores de opinião”, já que ela influencia sobremaneira o modo como as pessoas observam e avaliam os fatos sociais, dos quais muitas vezes somente tem conhecimento justamente por meio da notícia que consomem.

O presente texto, assim, objetiva a analisar a representa o dos crimes, em especial aqueles cometidos contra a vida, a serem julgados pelo Tribunal do Júri (art. 5 , XXXVIII, “d”, da Constitui o de 1988) nas m dias de notícia historicamente mais representativas – televisão e jornais – e o modo como essa representa o influencia a forma o da convic o dos jurados nos casos noticiados para, ao final, propor um modo de conciliar os princípios da presun o de inocência e da liberdade de imprensa, de forma a possibilitar que a cobertura midiática dos crimes não resulte em forma o de opinião (quase sempre condenatória) preconcebida nos jurados.

Ao final, cumpre dizer que o presente artigo faz uma revisão de literatura com base no método de abordagem dedutivo, utiliza como técnica de coleta de dados a pesquisa bibliográfica a partir de documentos como livros, manuais, códigos e periódicos, que, proporcionando um novo enfoque sobre o tema, serviram de base para as conclusões do autor.

2 Presunção de Inocência

O princípio da presunção de inocência^[1] remonta ao direito romano e sua máxima *in dubio pro reo*. De fato era notória a preocupação dos romanos com tal instituto, podendo ele ser visto nos escritos de Trajano (“*Satius est impunitum relinqui facinus nocentis quam innocentem damnari*”, “é melhor ser considerado ruim do que culpar um inocente”), na máxima de Paulo “*ei incumbit probatio qui dicit non qui negat*” (“a prova incumbe a quem afirma, não a quem nega”) e nos brocardos medievais “*affirmanti, non neganti, incucumbit probatio*” e “*actore non probante, reus absolvitur*” (“ao que afirma, não ao que nega, incumbe a prova” e “[se] o autor não prova, o réu é absolvido”).

No decorrer da Idade Média, com a instituição das práticas inquisitoriais – que atingiram seu ápice com a edição do *Directorium inquisitorum* (Manual do Inquisidor), por Nicolas Eymerich, e do *Malleus Maleficarum* (O Martelo das Feiticeiras), por Heinrich Kraemer e James Sprenger –, este princípio foi cada vez mais fragilizado. Como adverte Ferrajoli:

... apesar de remontar ao direito romano, o princípio da presunção de inocência até prova em contrário foi ofuscado, se não completamente invertido, pelas práticas inquisitoriais desenvolvidas

na Baixa Idade Média. Basta recordar que no processo penal medieval a insuficiência da prova, conquanto deixasse subsistir uma suspeita ou dúvida de culpabilidade, equivalia a uma semiprova, que comportava juízo de semiculabilidade e uma semicondenação a uma pena mais leve. (FERRAJOLI, 2006, p. 506)

Assim, enquanto vigeu em sua plenitude o processo penal inquisitorial, de base romano-canônica, o princípio da presunção de inocência foi solapado do pensamento jurídico, de forma que o réu era tratado pelo Estado-juiz, desde o início, como se culpado fosse, cabendo a ele provar, extirpe de dúvidas, sua inocência e, mesmo que o provasse, nem sempre sua absolvição podia ser dada como certa.

Foi apenas no fim do século XVIII, mais precisamente em 1789, com a Revolução Francesa e seu repúdio às práticas absolutistas dos monarcas, que o princípio da presunção de inocência veio novamente a ser destaque, com a tomada da Europa pelos ideais iluministas. Assim, em 26 de agosto de 1789 a Assembleia Constituinte francesa aprova sua famosa Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (DDHC), onde pela primeira vez a presunção de inocência é elevada à categoria de direito positivo (e fundamental), no art. 9º da Declaração: “Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, caso seja considerado indispensável prendê-lo, todo rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei”.

Alguns séculos mais tarde, após as atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial, em 1948 a Organização das Nações Unidas

aprovou a Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH), visando a maior observância da dignidade da pessoa humana. Tal Declaração trazia em seu bojo a previsão da presunção de inocência, como se pode ver de seu art. 11.1: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prova sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo penal público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para sua defesa.”.

No Brasil, a presunção de inocência veio a ser consagrada na Constituição Federal de 1988 (CRFB), em seu art. 5º, LVII, nos seguintes termos: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.”.

Hoje, não se duvida que a presunção de inocência constitui “dogma de sistema processual acusatório” e que se insere “entre as garantias do devido processo legal” (ARANTES FILHO, 2010, p. 25). Nas palavras de Ferrajoli, trata-se de “...uma opção garantista a favor da tutela da imunidade dos inocentes, ainda que ao custo da impunidade de algum culpado.” (2006, p. 506).

Segundo a doutrina de Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, a presunção de inocência pode ser vista por três enfoques distintos, mas complementares: “Atualmente, a doutrina analisa a presunção de inocência sobre vários enfoques: a) como garantia política do estado de inocência; b) como regra de julgamento no caso de dúvida: *in dubio pro reo*; c) como regra de tratamento do acusado ao longo do processo” (2003, p. 280)[\[2\]](#).

Examinar-se-á brevemente tais facetas a seguir.

2.1 Garantia Política.

A presunção de inocência é, sem dúvida alguma, garantia política do Estado Democrático de Direito. Tem ela estreita ligação com o princípio do devido processo legal, que assegura ao cidadão, contra a violência estatal, os valores de liberdade, verdade e segurança (FERRAJOLI, 2006, p. 506).

Por se tratar de direito humano (e fundamental), percebe-se que deve ele ser respeitado não só pelas autoridades públicas (dentre elas as judiciais), mas também pelos concidadãos (ARANTES FILHO, 2010, p. 26)[3].

Como garantia política, pois, o estado jurídico de inocência deve expressa em termos gerais: é assegurada a todos os indivíduos, indistintamente, e deve ser observada por todos os indivíduos e autoridades públicas, sem exceção.

2.2 Norma de Tratamento.

Vista como norma de tratamento, a presunção de inocência dita que acusados não podem ser tratados como condenados. A presunção de inocência, então, deve sempre nortear a persecução penal, seja ela investigativa ou processual.

É por isso que, adverte Pacelli, “...o réu, em nenhum momento do *iter persecutório*, pode sofrer restrições pessoais fundadas exclusivamente na possibilidade de condenação...” (2009, p. 37).

Também se extrai da garantia como norma de tratamento que se torna impossível se extrair da mera investigação ou acusação efeitos prejudiciais ao investigado ou ao imputado[4]. Como resta bem claro do texto constitucional, somente a coisa julgada pode elidir o estado jurídico de inocência.

Por esse motivo, a jurisprudência de nossa Suprema Corte repudia, com razão, qualquer tipo de medida que se traduza em prévio reconhecimento de culpa, tais como o uso da prisão preventiva como antecipação de pena[5] ou o uso de algemas pelo réu em sessões plenárias, quando não justificada a necessidade da medida[6].

É também este o motivo que obriga a todas as medidas privativas de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória o caráter cautelar, por meio de decisão judicial motivada: “...o estado de inocência [...] proíbe a antecipação dos resultados finais do processo, isto é, a prisão, quando não fundada em razões de extrema necessidade, ligadas à tutela da efetividade do processo e/ou da própria realização da jurisdição penal.” (OLIVEIRA, 2009, p. 37).

Também conexa à presunção de inocência como norma de tratamento é a questão da publicidade dos atos processuais, tema central deste artigo e que será tratada com vagar mais adiante.

2.3 Norma de Julgamento.

Por fim, a presunção de inocência também deve ser vista como norma de julgamento.

A concretização de um justo julgamento não depende somente da observância dos cânones legais para a declaração de culpabilidade (ARANTES FILHO, 2010, p. 30).

A condenação deve sempre ter como fundamento provas lícitas (art. 5º, LVI, da CRFB) e suficientes (art. 386, VII, do CPP). Neste ponto, a presunção de inocência volta a exercer o papel que lhe atribuía o direito romano: *in dubio pro reo*.

Como bem pregado por Pacelli:

... todos os ônus da prova relativa à existência do fato e sua autoria devem recair exclusivamente sobre a acusação. À defesa restaria apenas demonstrar a eventual presença de fato caracterizador de excludente de ilicitude e culpabilidade, cuja presença fosse por ela alegada. (2009, p. 37).

Por isso a advertência do Pretório Excelso, magistralmente resumida na ementa cunhada pelo Min. Celso de Mello:

É sempre importante reiterar – na linha do magistério jurisprudencial que o Supremo Tribunal Federal consagrou na matéria – que nenhuma acusação penal se presume provada. Não compete, ao réu, demonstrar a sua inocência. Cabe, ao contrário, ao Ministério Público, comprovar, de forma inequívoca, para além de qualquer dúvida razoável, a culpabilidade do acusado. Já não mais prevalece, em nosso sistema de direito positivo, a regra, que, em dado momento histórico do processo político brasileiro (Estado Novo), criou, para o réu, com a falta de pudor que caracteriza os regimes autoritários, a obrigação de o acusado provar a sua própria inocência (Decreto-lei nº 88, de 20/12/37, art. 20, n. 5). (STF, HC 83947/AM, Rel. Min. Celso de Mello, DJU 01/02/2008).

Ademais, exige-se, também, a fundamentação adequada das decisões (art. 93, IX, da CRFB) e que a denúncia formulada seja apta (arts. 41 e 395, I, do CPP). Como disse o Min. Celso de Mello, no acórdão acima identificado: “O ordenamento positivo brasileiro repudia as acusações genéricas e repele as sentenças indeterminadas.” (STF, HC 83947/AM, Rel. Min. Celso de Mello, DJU 01/02/2008).

Em breves linhas, essas as características principais do princípio da presunção de inocência.

3 Liberdade de Imprensa

A liberdade de imprensa é indissociável da democracia.

Foi ela positivada pela primeira vez, também, na DDHC, em seu art. 11, que assim previa: “A livre comunicação das ideias e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem. Todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na lei.”.

Entre nós, está ela positivada constitucionalmente no art. 220 da CRFB, além dos art. 5º, IV, IX, X e XIV. Resta bem claro, da leitura de tais dispositivos, que a proteção constitucional à liberdade de imprensa existe no intuito de impedir que o Estado cerceie ou dificulte a circulação e o acesso às informações, bem como interfira na liberdade destas informações, como tristemente se deu em nosso país após o Golpe Militar de 1964, tempos negros de nossa história.

Flávio Prates e Neusa Tavares bem resumem a finalidade da liberdade de imprensa:

Cumprir observar que o direito de informar, ou ainda, a liberdade de imprensa leva à possibilidade

de noticiar fatos, que devem ser narrados de maneira imparcial. A notícia deve corresponder aos fatos, de forma exata e factível para que seja verdadeira, sem a intenção de formar nesse receptor uma opinião errônea de determinado fato. O compromisso com a verdade dos fatos que a mídia deve ter vincula-se com a exigência de uma informação completa, para que se evitem conclusões precipitadas e distorcidas acerca de determinado acontecimento. (2008, p. 35)

Em razão da previsão da liberdade de imprensa na CRFB, tem-se a impossibilidade de censura, o livre exercício da profissão, a liberdade de informação e liberdade de pensamento. Assim, a liberdade de imprensa surge como meio de defesa às liberdades a que tem direito o cidadão, tendo sido a imprensa declarada livre.

Esta é também a posição jurisprudencial, a qual tem advertido que “no exercício do direito fundamental de liberdade de imprensa, havendo divulgação de informações verdadeiras e fidedignas, de interesse público, não há falar em configuração de dano moral.” (AgRg no AREsp 163.884/RJ, Rel. Ministro Marco Buzzi, DJe 07/11/2014).

O STJ reiteradamente tem decidido que a liberdade de imprensa prevista na Constituição permite aos meios de comunicação a publicação de matérias jornalísticas de fatos ainda sob investigação ou quando ainda não comprovada a participação da pessoa nas condutas noticiadas, desde que baseada a matéria em fontes fidedignas:

4. A liberdade de informação deve estar atenta ao dever de veracidade, pois a falsidade dos dados

divulgados manipula em vez de formar a opinião pública, bem como ao interesse público, pois nem toda informação verdadeira é relevante para o convívio em sociedade.

5. O veículo de comunicação exime-se de culpa quando busca fontes fidedignas, quando exerce atividade investigativa, ouve as diversas partes interessadas e afasta quaisquer dúvidas sérias quanto à veracidade do que divulgará.

6. Na hipótese dos autos, as fontes da notícia eram fidedignas – depoimentos prestados por corretor de câmbio à Procuradoria Geral da República. Além disso, conforme consta do acórdão, procurou-se ouvir os recorrentes.

7. A diligência que se deve exigir da imprensa, de verificar a informação antes de divulgá-la, não pode chegar ao ponto de que notícias não possam ser veiculadas até que haja certeza plena e absoluta da sua veracidade. O processo de divulgação de informações satisfaz verdadeiro interesse público, devendo ser célere e eficaz, razão pela qual não se coaduna com rigorismos próprios de um procedimento judicial, no qual se exige cognição plena e exauriente acerca dos fatos analisados.

8. Não houve, por conseguinte, ilicitude na conduta dos recorridos, devendo ser mantida a

improcedência do pedido de compensa o por danos morais.

9. Recurso especial desprovido. (REsp 1414887/DF, Rel. Ministra Nancy Andrighi, DJe 28/11/2013)

Contudo, essa mesma jurisprudência alerta que “referida liberdade de informa o e de manifesta o do pensamento não constitui direito absoluto, podendo ser relativizado quando colidir com o direito   prote o da honra e   imagem dos indivíduos, bem como quando ofender o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.” (AgRg no AREsp 163.884/RJ, Rel. Ministro Marco Buzzi, DJe 07/11/2014).

Por isso, constitui abuso do direito de liberdade de imprensa, p. ex.: (a) a descri o fatos efetivamente ocorridos, mas com afirma es imprecisas, abusando de recursos retóricos e que geraram d vida quanto   conduta da pessoa noticiada (AgRg no AREsp 163.884/RJ, Rel. Ministro Marco Buzzi, DJe 07/11/2014); (b) a matéria extrapola o *animus narrandi*, tendo por escopo nodal atingir a honra e a imagem da pessoa, com o agravante de se utilizar como subterfúgio informa es inverídicas, evidenciando, no mínimo, displicência do jornalista na confirma o dos fatos trazidos pela sua fonte (REsp 1414004/DF, Rel. Ministra Nancy Andrighi, DJe 06/03/2014); (c) a utiliza o de no ato de qualifica es pejorativas e xingamentos (REsp 1328914/DF, Rel. Ministra Nancy Andrighi, DJe 24/03/2014).

Assim, verifica-se que, desde que demonstrado que houve busca de fontes fidedignas e que os fatos noticiados contem com aparência mínima de veracidade,   livre   imprensa a veicula o de notícias que relatem

envolvimento de pessoas em atos ilícitos, desde que não descampem para a ofensa pessoal ou veiculem informações imprecisas, limitando-se ao *animus narrandi*.

4. A Cobertura Midiática em Matéria Penal e sua Influência no Tribunal do Júri.

Estudadas as principais características do princípio da presunção de inocência e da liberdade de imprensa, resta estudar a forma como a liberdade de imprensa pode afetar as decisões dos jurados integrantes do Conselho de Sentença. Antes disso, contudo, é necessário uma reflexão acerca do modo como a mídia costuma atuar em casos relativos à matéria penal.

4.1 Características gerais da cobertura de matérias penais pela mídia.

O papel da mídia é o de propagar informações, abastecendo o “livre mercado das ideias”, ou seja, os indivíduos se utilizam dos meios de comunicação para que possam se manter informados e para que consigam se comunicar, dentro de seus ambientes sociais, sobre os acontecimentos ocorridos no mundo.

A mídia, pois, desempenha um decisivo papel no desenvolvimento das atitudes públicas em relação aos crimes^[7], especialmente ao borrar e modificar as fronteiras arbitrárias entre as condutas lícitas e ilícitas e entre criminosos e não criminosos^[8]. É atento a motivos deste jaez que Eugenio Raúl Zaffaroni elenca as agências de comunicação social em seu rol de agências do sistema penal (2002, p. 19).

O compromisso da imprensa – cujos órgãos informativos se inscrevem, de regra, em grupos

econômicos que exploram os bons negócios das telecomunicações – com o empreendimento neoliberal é a chave da compreensão dessa especial vinculação mídia – sistema penal, incondicionalmente legitimante [...] Agora, na forma de uma deusa alada onipresente vemos uma criminalização que resolve problemas, que influencia a alma dos seres humanos para que eles pratiquem certas ações e se abstenham de outras [...] A criminalização, assim entendida, é mais do que um ato de governo do príncipe no Estado mínimo: é muitas vezes o único ato de governo do qual dispõe ele para administrar, da maneira mais drástica, os próprios conflitos que criou. Prover mediante criminalização é quase a única medida de que o governante neoliberal dispõe [...] Alguém se recorda da última vez [...] em que a promulgação de uma lei criminalizante foi objeto de crítica pela imprensa? Também aqui pouco importa que a criminalização provedora seja uma falácia, uma inócua resposta simbólica, com efeitos reais, atirada a um problema real, com efeitos simbólicos: acreditar em bruxas costuma ser a primeira condição de eficiência da justiça criminal, como os inquisidores Kraemer e Sprenger sabiam muito bem. (BATISTA, 2002, 273-274)

Além disso, como nos lembra Radford: *“News events don’t just come to be show on television on their own; there are many steps involving judgment, selection, and interpretation between the actual, objective event and the version of it that the audience views or reads.”* (2003, p. 66). Nem tudo aquilo que é reportado na mídia é importante e nem ela reporta tudo aquilo que de fato o é. O público, entretanto, geralmente acredita que as histórias significativas são reportadas e, no que se refere a assuntos ligados ao crime, a maior parte das pessoas que se informa pela grande mídia crê que esta fornece informações suficientes para que elas entendam a complexa dinâmica que lhes é apresentada (ZILNEY, 2011, p. 23). Não é necessário lembrar que isso é absolutamente impossível.

A mídia agrupa em pequenas notícias questões que são extremamente complexas, às quais os cientistas (sociólogos, psicólogos, juristas, criminologistas, médicos, etc.) se debruçam durante anos a fio^[9].

Contudo, no que tais opiniões são baseadas, considerando que elas claramente não podem se basear nas escassíssimas informações com profundidade e contexto repassadas pela grande mídia?

A escassez de informações dotadas de um plano de fundo mais completo revela a inclinação que a mídia possui ao sensacionalismo. E isto não é mero acaso, mas sim parte da uma estratégia muito clara: ao alimentar o público com notícias sensacionalistas envolvendo celebridades, mortes grotescas, violência resultante de drogas, estupros contra crianças e outras tantas notícias que todos vemos cotidianamente, a população tende a se entreter e esquecer o que precisa ser feito a fim de se conseguir uma sociedade mais justa e solidária. Em outras palavras, a

m dia serve   fun o de manter o controle social, ao prevenir as massas de demandarem por mudanças sociais significativas[10].

O sensacionalismo e o “denuncismo” são formas de atuar encontrado nos meios eletrônicos e impresso em muitas partes do mundo. A mentira oficial e a mentira particular se servem desses procedimentos. Leitor, telespectador e ouvinte devem crer, descrendo. Devem, principalmente, ter cautela ao acreditar em tudo o que os meios de comunica o dizem de mal sobre as pessoas e não acreditar no que dizem de bem. Quem são acreditou nas versões maldosas e tirou daí a conclusão de estar bem informado, mostra, na verdade, ingenuidade, pois seu engano resultará em benefício de pessoas cujo nome não aparece, mas são beneficiadas. (CENEVIVA, 2003, p. 21)

Segundo Carla Gomes de Mello, “o veículo midiático sensacionalista faz da emo o o principal foco da matéria, esquecendo-se do conteúdo da notícia a ser repassada, se   que ela existe” (2010, p. 111).

O crime, desde os tempos mais remotos, onde predominavam execu es públicas que se constituíam em verdadeiros espetáculos de horror, fascinava a popula o e era notícia. A m dia, sabedora desse fascínio e atra o do público pelos acontecimentos violentos, desde então, explora o assunto. (MELLO, 2010, p. 113)

Não é difícil notar, pois, que os mecanismos do campo jornalístico se sujeitam às exigências do mercado (tanto de leitores como de anunciantes), os quais passam a exercer influências sobre os próprios jornalistas que, por sua vez, exercem influência sobre diferentes campos de produção cultural e sobre o campo jurídico. Diante do novo panorama mundial para a divulgação das notícias, a grande imprensa se vê obrigada a observar aquilo que é do interesse público em face de seu interesse comercial (ANDRADE, 2007, p. 51).

Verifica-se, pois, que as informações veiculadas pela mídia podem ser definidas como parciais, pois retratam a forma pela qual o jornalista responsável enxerga determinada situação ou fato, bem como podem demonstrar apenas uma versão sobre o ocorrido, ocultando informações e veiculando somente o que retrata a forma de pensar do veículo que apresenta a notícia. Por fim, a mídia elege os assuntos que, condizendo com o seu interesse, são considerados importantes e terão grande divulgação.

Influência maior ainda ocorre quando o assunto é noticiado por todos os grandes meios de comunicação da mesma forma, com as mesmas opiniões, como é bastante comum em matéria criminal, principalmente em nosso país. Neste caso, é praticamente impossível que o público não seja manipulado pelas informações prestadas pela mídia, pois os diferentes veículos transmissores do evento o propagam da mesma maneira, com o igual propósito declarado de estabelecer a “única verdade sobre o caso”, ficando estabelecida, na convicção das pessoas, a verdade da mídia, desintegrando-se a fundamental distinção entre “opinião pública” e “opinião publicada”.

Não há produto mais rentável para a mídia que a exploração de crimes, a dramatização da dor humana gerada por uma perda explorada perversamente com finalidade monetária, sentimento este capaz de unir rapidamente todos os consumidores da notícia (em um incrível sentimento de “vitimização”), que passam a bradar, em uníssono, justamente a mensagem querida pelo veículo: mais prisões e mais penas.

É assim, pois, que a mídia escolhe, dentro os inúmeros delitos que são praticados cotidianamente, os que mais chocarão a população, pois essas são as notícias mais rentáveis e que mais possibilitam a manipulação da sociedade para o fortalecimento do direito penal, para a seleção dos criminosos e para ocultação de inúmeros outros problemas sociais, como já mostrado acima.

Como os crimes possuem grande carga moral, a imprensa aumenta a publicidade quando da prática de um delito, especialmente, quando se trata de crime cometido por meio de violência real, emitindo juízos de valor sobre o fato delituoso. Como nunca há, na grande mídia, multiplicidade de opiniões sobre o delito cometido (sendo as coberturas invariavelmente de caráter punitivo), o consumidor acaba por influenciar-se com a única opinião emitida nos meios de comunicação.

4.2 Exemplos de coberturas jornalísticas.

Alguns exemplos reais são ilustradores daquilo que foi acima explicado. Não se falará, entretanto, acerca do caso da Escola Base em razão da enorme quantidade de estudos acerca do tema, que certamente é o *leading case* para se tratar do tema, no país.

4.2.1 Caso dos Irmãos Naves.

O caso dos Irmãos Naves figura, sem dúvida alguma, entre os maiores erros judiciários da história do Brasil, se não for o maior deles[11].

Resumidamente, o caso dos Irmãos Naves ocorreu em 1937, na cidade de Araguari, em Minas Gerais. Joaquim Naves Rosa tinha 27 anos, era casado e tinha uma filha; Sebastião José Naves tinha 32 anos, era casado e tinha dois filhos. Os irmãos eram trabalhadores, compravam e vendiam cereais e outros bens de consumo. Eles eram primos de Benedito Pereira Caetano, que também era sócio de Joaquim.

Na madrugada de 29 de novembro de 1937, Benedito sumiu da cidade, sem deixar notícias. Levou consigo grande importância em dinheiro, produto da venda de enorme quantidade de arroz, que comprara com dinheiro emprestado da família.

Sabendo do ocorrido, os irmãos Naves procuraram Benedito por toda a parte e, como não o encontraram, comunicaram o fato à polícia, que iniciou imediatamente as investigações.

O Delegado atribuído ao caso, tenente Francisco Vieira dos Santos, conhecido “Chico Vieira”, acusou os irmãos pela morte do primo. Com isso, foram presos juntamente a Don’Ana (Ana Rosa Naves, mãe dos irmãos). Foram ainda submetidos aos mais cruéis tipos de torturas na presença da genitora. Resistiram à fome, sede e às crueldades e violências sem assumirem a prática do delito, até que, não se conformando, o tenente e seus subordinados estupraram Ana Rosa na frente de seus filhos, e após muitas outras torturas, houve a confissão (SILVA, 2010, p. 78-80).

Joaquim foi interrogado pela polícia e respondeu tudo e da forma que o tenente Vieira queria, assumindo a culpa do crime com o irmão. As

esposas dos irmãos Naves também foram interrogadas sob ameaças de morte de seus filhos e de estupro; confessaram tudo.

O caso, então, passou a ser conhecido nacionalmente, pois a imprensa o divulgou de forma destacada. Formou-se assim a opinião pública, que aceitava a culpa dos irmãos como fato consumado: eles mataram o primo para ficar com o dinheiro a fim de saldar possíveis dívidas de comércio. Nem os advogados queriam defendê-los.

Após a mãe dos Naves narrar o drama sofrido e insistir muito, o advogado João Alamy Filho se comoveu e aceitou defender os acusados. Ele tentou provar a inocência de seus clientes de todas as formas legais possíveis.

Os irmãos Naves foram levados ao Tribunal do Júri, acusados da prática de latrocínio contra Benedito. Importa destacar que houve a retratação das confissões extorquidas na Delegacia de Polícia e o depoimento de outros presos que relataram as atrocidades sofridas pelos irmãos. Por essas razões, eles foram absolvidos por maioria absoluta de votos. No entanto, a Promotoria recorreu e anulou o julgamento por considerar nula a quesitação.

Cumprir registrar que no segundo julgamento, os irmãos Naves foram novamente absolvidos pelo júri, por maioria absoluta, mas, como anteriormente, o Ministério Público apelou da decisão e levou os réus ao terceiro julgamento que foi realizado no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

Mediante a ausência de soberania do júri no tribunal pelo regime ditatorial da Constituição de 1937, os réus foram condenados, por maioria absoluta, a 25 anos e 6 meses de reclusão. Posteriormente, houve a

primeira revisão criminal, onde a pena foi reduzida para 16 anos. Depois de cumprirem 8 anos e 3 meses de cárcere, pelo bom comportamento demonstrado na prisão, os irmãos Joaquim e Sebastião conseguiram o livramento condicional (SILVA, 2010, p. 80-83).

Dois anos após a liberdade, Joaquim Naves morreu enfermo no asilo em que vivia para se tratar de doença contraída por causa das torturas. No mesmo ano faleceu o tenente Francisco Vieira de derrame cerebral.

Em busca de justiça e de provar sua inocência, o sobrevivente Sebastião Naves se dispôs a procurar alguma pista da existência de Benedito Caetano. Esse reaparece vivo em Nova Ponte no dia 24 de julho de 1952, 15 anos após o seu desaparecimento.

Informado por um primo de que Benedito estava na casa dos pais, Sebastião vai com alguns policiais no local indicado e encontram o “morto”, que jurou não saber de nada que ocorrera em todos estes anos.

4.2.3 Caso do Bar Bodega

O Caso do Bar Bodega ocorreu em 10 de agosto de 1996, em Moema, Zona Sul de São Paulo. Na madrugada daquele dia, por volta de 5 homens armados entraram no bar, renderam os funcionários e anunciaram o roubo.

Já no final da empreitada delitiva, após subtraídos os pertences da vítima, um cliente, sem saber do que acontecia no recinto, saiu do banheiro e ficou apavorado ao se deparar com a cena. Um dos ladrões, nervoso e portando um revólver, resolveu tirar o relógio do cliente, mas neste momento a arma disparou e atingiu o braço da vítima. A partir daí, houve gritaria e pânico.

No mesmo instante, outro cliente entra no bar e, surpreendido com a situação, discute com um dos criminosos, o qual com a ajuda de outro integrante do bando, agrade o homem que cai, e, antes de se levantar, leva dois tiros nas costas, que ceifam sua vida. Os agressores, então correm para a porta, preparando-se para a fuga.

Do lado externo do estabelecimento comercial, um dos delinquentes dispara o revólver para o interior do bar, matando outra cliente. Todos os criminosos fogem correndo.

O crime foi praticado sob violência e grave ameaça, resultou em lesões corporais e morte em pessoas da classe média alta e ocorreu em bairro nobre da cidade. Ou seja, o “crime perfeito” para ser divulgado pela imprensa de forma sensacionalista; foi notícia das primeiras páginas dos jornais.

A sociedade precisava responder. Não a dos confins da periferia, mas aquela que, esquecida de tudo o mais – como a violência rotineiramente cometida contra aqueles que não lhe dizem respeito – , não poderia agora aceitar nem silenciar sobre o que, em outros extratos sociais, pode até não ser admissível, mas é, na melhor das hipóteses, indigno da sua atenção.

O Estado e a mídia algemaram-se e, sôfregos, puseram-se a caçar os autores, quaisquer que fossem eles e ainda que não o fossem, em vez de investigar (em sua estrita acepção) a autoria do crime. Dias depois, nove suspeitos foram presos e anunciados

pela polícia como os responsáveis pelos delitos. Manchetes vulcânicas, comentários vazios e enviesados, histeria dos detentores da verdade policialesca: vários jornalistas cumpriram à risca a parte que lhes coube no que, com o tempo, soube-se ser a perpetração de uma das maiores injustiças (conhecidas) da história do Brasil (LANYI, 2010, p. 1).

O anseio do Estado, da mídia e da sociedade em encontrar, o mais brevemente possível, os autores do crime era sensível. A comoção era geral. A imprensa passou a noticiar uma enxurrada de crimes, até aqueles ocorridos no interior do Estado, que em condições normais não tinham relevância jornalística. A Segurança Pública era o tema mais discutido do momento e inclusive se formou um movimento contra a violência denominado “Reage São Paulo”.

Pressionada pela opinião pública, a Polícia Civil em quinze dias apresentou um menor inimputável, preso por outro delito, acusado por um carcereiro de ser um dos autores do roubo do Bar Bodega.

Sob torturas e diante das ameaças de violências, o menor confessou o crime, inclusive perante a imprensa, e, inicialmente, delatou alguns coautores. Posteriormente, o menor entregou ainda outros coautores. Todos eles eram, obviamente, negros ou mulatos, pobres e moradores da periferia da cidade.

A prisão temporária dos envolvidos foi decretada, bem como a custódia do menor. Foram apresentados à imprensa, algemados e com placas penduradas no corpo para serem fotografados e interrogados.

Como era de se esperar, todos os meios de comunicação social divulgaram a prisão dos “assassinos do Bar Bodega” e registraram que não havia nenhum tipo de recuperação para os “criminosos”.

Além do adolescente, os demais presos confessaram a prática da infração penal, pois sofreram violência, grave ameaça ou agressões físicas cruéis.

Novas diligências foram realizadas sob o comando do Delegado de Polícia. Testemunhas foram coagidas a reconhecer os criminosos, mas não o fizeram com certeza. Ao contrário, disseram que os autores da ação criminosa eram brancos e mais velhos, enquanto os acusados eram morenos e mais jovens.

Os depoimentos dos presos, a seu turno, estavam eivados de contradições, sendo que o menor inclusive apresentou mais de uma versão para os fatos. Assim, iniciou-se uma investigação paralela e sigilosa, realizada pelo serviço reservado da Polícia Militar.

O Promotor de Justiça Criminal, Eduardo Araújo da Silva (aqui nominado em razão de seu belíssimo papel no caso), resolveu investigar o caso com a ajuda dos policiais do reservado, alguns funcionários do Bar Bodega e o perito criminal designado para a reconstituição do delito. Após algum tempo, a Polícia Civil concluiu o inquérito e apresentou-o ao Ministério Público.

Diante das retratações dos acusados, das confissões obtidas sob tortura, a ausência da arma utilizada no crime e da inexistência de bens subtraídos na ação criminal em poder dos suspeitos, o Promotor de Justiça Eduardo Araújo requereu o relaxamento das prisões temporárias, pois não havia provas concretas contra os investigados e denunciou as torturas.

O juiz decretou a liberdade de sete acusados. O menor permaneceu no SOS Criança, pois era processado por outro crime cometido e outro detido continuou preso porque tinha outra pena a cumprir.

A imprensa se aproveitou do cumprimento de seu dever por parte do Ministério Público e Judiciário para continuar sua sanha por “respostas”. Uma tensão entre parte da cúpula da Polícia Civil e o Ministério Público foi explorado pela imprensa, que noticiou: “a decisão de soltar sete dos nove acusados caiu como uma bomba na polícia” (DORNELES, 2007, p. 144). O meio social, por óbvio, também ficou indignado com a postura do Promotor de Justiça.

Carlos Dorneles enfatiza que o pai de uma das vítimas assim protestou: “Esse promotor colocou bandidos culpados na rua e que dificilmente serão recapturados. E o caso Bodega esse senhor estragou tudo. Graças à ação desse senhor o caso Bodega provavelmente ficará impune” (2007, p. 145).

É fácil de se perceber o efeito que a cobertura “jornalística” do caso influenciou sobremaneira a sociedade. Era difícil de aceitar outra resposta para o caso que não a prisão e condenação dos suspeitos apresentados. A opinião pública já estava formada (e manipulada). Todos tinham certeza de que eram eles os autores da ação criminosa.

A investigação do crime continuou e posteriormente foram presos os verdadeiros criminosos, com os quais se encontrou, dentre outros produtos, três relógios, uma corrente de ouro e um anel. Confessaram o crime espontaneamente e, dessa vez, foram reconhecidos pelas testemunhas.

Em 20 de março de 1997, os verdadeiros autores do crime foram condenados por duplo latrocínio com penas que variaram de 23 a 48 anos. Na sentença, o Juiz de Direito não deixou de registrar o comportamento abusivo da imprensa durante o desfecho da investigação criminal:

Seria a imprensa também a provocadora da ação desvairada que vitimou jovens inocentes que injustamente foram presos, sem qualquer interferência, é verdade, quanto aos sofrimentos experimentados?

A resposta é sim.

Arvorou-se uma parte da imprensa em defensora da sociedade e exerceu uma pressão insuportável e incompatível com o bom senso.

De há muito tempo a imprensa afastou-se da função de noticiar o fato e assumiu ares de julgadora, na ânsia desesperada de noticiar escândalos e explorar a miséria humana, sem se dar conta dos seus limites.

Passaram a acusar, julgar e penalizar com execração pública.

A lição ainda não serviu. Diariamente continuam explorando as notícias na corrida louca da audiência que, na verdade, tem por finalidade o lucro, o dinheiro dos patrocinadores que não têm qualquer escrúpulo em mostrar seus produtos, à custa da degradação.

[...] Os holofotes das câmaras funcionam como luzes de ribalta. A vaidade descontrolada provoca esquecimento dos valores. A dignidade do ser humano passou a ter importância mínima ou nenhuma. A imagem das pessoas é a matéria-prima da diversão (DORNELES, 2007, p. 259-260).

Não obstante, é sintomático que, até hoje, nenhum meio de comunicação sequer se retratou do erro cometido.

4.2.3 Caso Nardoni.

Cremos não ser necessário, aqui, qualquer lembrança ao triste episódio conhecido como “Caso Nardoni”, ainda pulsante na lembrança popular. Basta lembrar a menina Isabella Nardoni foi morta em 2008 e foram condenados pela prática do crime, o pai da vítima e a madrasta dela.

Sobre a cobertura da mídia no caso, é de citar a exposição de Carla Mello:

Tomemos como exemplo, a edição n. 2057, da Revista Veja, de 23 de abril de 2008. Na capa, estampados estão os rostos do pai e da madrasta suspeitos de terem assassinado a menina Isabela. Logo abaixo da imagem, o título impactante, cujo final nos chama atenção, uma vez que escritos em tamanho maior e em cores diferentes da utilizada no início do texto: “Para a polícia, não há mais dúvida sobre a morte de Isabela: FORAM ELES”. (2010, p. 118).

Ressalte-se, sempre, que a frase “FORAM ELES”, além de grafada em letras maiúsculas foi feita em destaque com letras maiores que as demais.

Além disso, os investigados foram entrevistados sobre o crime e exibidos, em canal de televisão, no Fantástico, programa dominical de grande audiência na Rede Globo.

4.3 Estudos psicológicos acerca da influência exercida por notícias jornalísticas na formação da convicção dos jurados.

Sem entrar no mérito dos casos penais acima relatados, é intuitivo reconhecer que a defesa de acusados expostos até não mais poder na mídia fica prejudicada antes mesmo deles serem julgado pelo Tribunal do Júri, já que os jurados são membros de um povo que já foi influenciado pelas notícias sensacionalistas e exacerbadas. Nos EUA, p. ex., quando do julgamento de OJ Simpson, acusado de matar sua ex-mulher e um amigo, o jornal *Los Angeles Times* veiculou 398 matérias de capa sobre o caso e mais de 1.500 artigos no decorrer dos 16 meses de julgamento, afora o fato da CNN falar tanto sobre o caso a ponto de ficar conhecida como “*all OJ network*” (BURD; HORAN, 2012, p. 108).

Exemplo da preocupação ora externada é que na Austrália, em todas as jurisdições, exceto Victoria, Tasmania e Northern Territory, há previsões que possibilitam o julgamento de crimes de competência do tribunal do júri por um juízo togado, e tais previsões frequentemente são utilizadas em casos de onde réus argumentam que a saturação de matérias jornalísticas em seu desfavor tornem impossível um julgamento justo pelo tribunal do povo (BURD; HORAN, 2012, *passim*).

É certo que, atualmente, mesmo naquele país vige a cultura de que os jurados não podem ser considerados excepcionalmente frágeis e inclinados ao prejuízo[12]. Contudo, os institutos do *Sub Judice Contempt* e da *Suppression Order* (discutidos mais adiantes) ainda são bastantes utilizados naquele país como forma de se obter um melhor balanço entre o princípio da presunção de inocência e a liberdade de imprensa.

A questão que fica, então, é se esse achado intuitivo é confirmado pela ciência. Melhor dizendo: existem estudos que comprovem que a exposição a notícias jornalísticas influenciam as decisões dos jurados?

A resposta é positiva.

Sabe-se, a partir do estudo conduzido por Imrich, Mullin, e Linz que as coberturas midiáticas acerca de acusados tendem a ser negativas. Em seu estudo, os autores analisaram o conteúdo de 14 grandes jornais dos EUA por um período de 8 semanas. Afirmam que nessas reportagens, 27% dos suspeitos eram claramente descritos de uma forma negativa que poderia influir na justiça (*fairness*) do julgamento. Os comentários incluíam depreciação do caráter do julgamento e afirmações sobre sua culpa (1995, *passim*).

Fein, McCloskey e Tomlinson (1997, *passim*), Hope, Memon e McGeorge (2004, *passim*) e Ruva e McEvoy (2008, *passim*) foram unânimes ao apontar que a exposição da mídia que descreve o acusado negativamente resulta em um maior número de vereditos “culpados” quando comparados a jurados que não foram expostos a tais coberturas.

Stebly, Besirevic, Fulero e Jimenez-Lorente realizaram meta-análise de 23 estudos, cobrindo um total de 5.755 participantes e concluíram que participantes expostos à publicidade anterior ao

juízo que descrevia o réu de forma negativa eram mais propensos a crer que o réu era culpado que aqueles não expostos às mesmas notícias (1999, *passim*).

Análises de julgamentos reais também já foram feitas. Devine, Buddenbaum, Houp, Studebaker e Stolle analisaram o efeito da cobertura midiática em 179 julgamentos criminais na Indiana, EUA, e encontram o aumento da possibilidade de condenação em julgamentos nos quais os jurados reportaram ter acompanhado as notícias do crime na imprensa antes do julgamento (2009, *passim*).

Por fim, o já citado estudo de Hope, Memon e McGeorge também apontou que a publicidade antes do julgamento, quando negativa ao acusado, costuma levar os jurados a descartar as evidências favoráveis à defesa dele (2004, *passim*).

Como as pesquisas deixam claro, a publicidade dada aos fatos antes de seu julgamento tem o poder de influenciar os membros do Conselho de Sentença.

5. A Necessária Conciliação entre a Presunção de Inocência e a Liberdade de Imprensa.

O que fazer, então, para conciliar o direito da mídia (e da população) de levar ao conhecimento do público os fatos efetivamente ocorridos e o direito do acusado a ser presumido inocente, se a publicidade ocorrida antes do julgamento possui o poder de influenciar no veredito dos jurados, ainda que de forma inconsciente?

Solução bastante usada no direito comparado é a instrução do juiz para que os jurados desconsiderem aquilo que ouviram, leram ou de outra forma tiveram conhecimento do caso fora da Corte. Na Austrália, p. ex.,

quando do julgamento do assassino em série Peter Dupas, o júri foi instruído a “*to ignore any publicity about the case and to not conduct any research including internet searches*”. A *High Court* australiana entendeu que essa instrução pelo juiz-presidente do Tribunal do Júri era suficiente para evitar as consequências negativas que os 7 anos de cobertura jornalística do caso, espalhadas por 7 *websites*, 120 artigos de jornais, 4 livros e incontáveis programa de televisão (*Dupas v The Queen* (2010) 241 CLR 237 at 241; 203 A Crim R 186).

Contudo, as pesquisas têm revelado que essa instrução não tem nenhuma utilidade para reduzir o mal causado por essas coberturas da mídia[13].

Assim, nos parece que o único modo de conciliar o princípio da presunção de inocência com a liberdade de imprensa seria restringir, em algumas hipóteses, o conteúdo da publicação de matérias relatando crimes cometidos.

Antes de tudo, diga-se que isso não se traduz em censura, constitucionalmente vedada (art. 220, *caput* e §2º da CRFB). Trata-se de simples restrição ao direito de liberdade de imprensa, que, como qualquer outro direito existente em nosso ordenamento, não pode ser considerado absoluto (VIANNA, 2014, p. 106). Como bem frisou o Min. Celso de Mello, “Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto...” (STF, MS 23.452/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 12/05/2000).

A doutrina também caminha nesse sentido.

Devemos ter em mente que procedimento preparatório, acusação, julgamento e condenação são

atos que competem, constitucional e legalmente, ao Poder Judiciário com a valiosa colaboração do Ministério Público e da polícia judiciária. Assim, não é correto que a notícia leve a coletividade a concluir pela culpabilidade do acusado antes do pronunciamento judicial. Não é justo que se inverta na mente das pessoas, a ordem das coisas, e a sentença seja passada antes mesmo da instauração do procedimento preliminar ou preparatório de ação penal, a cargo da autoridade policial. E mais: se os fatos não são levados a julgamento, cria-se a suspeita de que a Justiça faz parte de conluio para acobertar o pretense crime. Jamais percamos de vista que, entre os direitos e garantias fundamentais de nossa Constituição, encontra-se inscrito que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Aliás, o postulado axiológico da presunção de inocência, por ser eterno, universal e imanente, nem sequer precisaria estar gravado em texto normativo. (NAVES, 2003, p. 97).

De fato, “O papel da mídia não é julgar e sim apresentar os fatos de maneira completa e verdadeira, sem o objetivo de punir o suspeito, mas sim de transmitir ao público a realidade dos fatos.” (PRATES; TAVARES, 2008, p. 37). Carla Mello bem doutrina sobre o assunto, lembrando que: “... não é permitido aos meios de comunicação, se utilizar da prerrogativa da liberdade de informação jornalística, que lhe é

garantida pela Constituição Federal, para divulgar notícias que ofendam a outras liberdades igualmente garantidas, tais como a intimidade, a vida privada e a presunção de inocência.” (2010, p. 119).

Pois bem. Sabe-se que tanto a presunção de inocência quanto a liberdade de imprensa são normas com a estrutura de princípios, ou seja, normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida do possível, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes. São, pois, mandamentos de otimização, que podem ser cumpridos em diferentes graus (VIANNA, 2014, p. 66)[14].

Sendo eles mandamentos de otimização, é fácil perceber que existe a possibilidade real de colisão entre dois ou mais princípios, isto é, algo é proibido por um princípio e permitido por outro.

When principles intersect [...], one who must resolve the conflict has to take into account the relative weight of each. [...] it is an integral part of the concept of a principle that it has this dimension, that is makes sense to ask how important or how weight it is. (DWORKIN, 1978, pp. 26-27).

Entretanto, o fato de um princípio ceder frente ao outro, em caso de colisão, não significa, em absoluto, que o princípio que cedeu é declarado inválido ou que nele tenha sido introduzida uma cláusula de exceção. O que ocorre, nesses casos, é que um princípio tem precedência em face de outro, em determinadas condições. Quando estas condições mudam, a questão da precedência de um sob outro pode ser resolvida de forma completamente oposta. A este fenômeno a doutrina cunhou o termo

“relações condicionadas de precedência” (ALEXY, 2011, p. 93-94; VIANNA, 2014, p. 71).

Imaginemos que determinado jornalista *J* resolva fazer uma matéria acerca da vida do cidadão *C*, pessoa sem qualquer vida pública. Com o fim de colher material para embasar a reportagem, *J* começa a segui-lo vinte e quatro horas por dias, tira fotografias do interior da residência de *C*, dele andando pelas ruas, namorando, enfim, de todas as ações de *C*. *C*, então, se sente ofendido em sua intimidade e resolve pedir em juízo que a publicação de *J* seja proibida. Neste caso, como *C* é um cidadão comum, não existe nenhum tipo de interesse apto a justificar a precedência do direito à liberdade de imprensa sob o direito à intimidade.

Imagine-se, agora, que o jornalista *J'* resolva fazer uma matéria acerca da vida do Deputado Federal *D*, que concorre à reeleição e tem como mote de sua campanha eleitoral a defesa “da família, da moral e dos bons costumes”. Também com a finalidade de colheita de material, *J'* descobre que *D*, durante a noite, veste-se de mulher e se encontra sexualmente com outros homens. Nestas condições, é óbvio que se *D* requeresse em juízo a proibição de que a matéria fosse veiculada, haveria interesses (a correta informação do eleitorado, p. ex.) a justificar a precedência da liberdade de imprensa sob o direito à privacidade.

Como se vê, mesmo após a liberdade de imprensa ou a privacidade cederem ao princípio colidente, ambas continuam tão válidas quanto antes. Não se pode também dizer que uma delas constitui uma exceção à outra, pois às vezes prevalecerá uma e em outras prevalecerá outra, a depender das condições do caso

em questão (ao contrário do que ocorre com as regras). Essa é ideia central da chamada “relação condicionada de precedência”. (VIANNA, 2014, p. 72)

Como nenhum dos princípios ora discutidos (presunção de inocência e liberdade de imprensa) possuem superioridade constitucional sobre o outro, nenhum pode ter precedência absoluta (ou seja, em todos os casos).

A solução para essa colisão consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto. Levando-se em consideração o caso concreto, o estabelecimento de relações de precedência condicionadas consiste na fixação de condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro. Sob outras condições, é possível que a questão da precedência seja resolvida de forma contrária. (ALEXY, 2011, p. 96).

Chamemos o princípio à liberdade de imprensa de P1 e o princípio do direito à presunção de inocência de P2. Isoladamente, P1 e P2 levariam a juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si (“a publicação da matéria é permitida” e “a publicação da matéria é proibida”). Essa colisão, então, deve ser solucionada por meio do estabelecimento de uma relação de precedência, a que chamaremos P. Para as condições em que determinado princípio tem precedência sobre outro, chamaremos C.

Haveria então, quatro possibilidades de decisão a partir do caso analisado: (1) P1 P P2; (2) P2 P P1; (3) (P1 P P2) C; (4) (P2 P P1) C.

As possibilidades (1) e (2) hão de ser desde logo descartadas, já que nenhum dos princípios tem, *per se*, precedência sob o outro, de forma que a relação de precedência não pode ser incondicionada. A questão decisiva é, portanto, saber sob quais condições qual princípio deve prevalecer (VIANNA, 2014, p. 79-80).

Como os princípios não possuem um “peso” quantificável, a ideia de relação de precedência fornece uma construção útil para decidir qual dos dois princípios deve prevalecer: “Em um caso concreto, o princípio P1 tem um peso maior que o princípio colidente P2, se houver razões suficientes para que P1 prevaleça sobre P2 sob as condições C, presentes nesse caso concreto” (ALEXY, 2011, p. 97).

Disso resulta que a precedência de P1 em face dos princípios que com ele colidem sob as condições C significa que a consequência jurídica que resulta de P1 é aplicável sempre que estiverem presentes as condições C, ou seja, de um enunciado de preferência acerca de uma relação condicionada de precedência decorre sempre uma regra.

Isto, contudo, não responde a questão principal: como resolver a colisão entre princípios? Se nenhum deles possui precedência absoluta sobre outro, precedência que pode mudar de acordo com os fatos envolvidos, como saber qual dos princípios deve prevalecer no caso concreto? Cremos que o melhor mecanismo para se afirmar tal precedência seja a aplicação da regra da proporcionalidade, que passamos a analisar.

5.1 Regra da Proporcionalidade.

A regra da proporcionalidade é o critério amplamente difundido na doutrina e na jurisprudência para se aferir a justificção constitucional de quaisquer intervenções em direitos fundamentais (VIANNA, 2014, p. 126). Como ressalta a Corte Constitucional alemã: “Sob o ponto de vista material, ressalvadas garantias constitucionais especiais, o princípio da proporcionalidade oferece o parâmetro geral constitucional, segundo o qual a liberdade de ação pode ser restringida” (BVerfGE 90, 145).

Essa regra originada da jurisprudência da Corte Constitucional alemã tem uma estrutura racionalmente definida, com máximas parciais independentes – a análise da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito – que são aplicados em uma ordem pré-definida e que são explicadas a seguir.

5.1.1 Adequação.

É uma constatação lógica que uma intervenção estatal deve ter um fim constitucionalmente legítimo, que via de regra, é a realização de outro direito fundamental. Aplicar a regra da proporcionalidade, nesses casos, é responder a seguinte indagação: a medida adotada é adequada para fomentar a realização do objetivo perseguido? Adequação, assim, significa que a situação que o Estado cria com a ingerência e aquela em que o fim perseguido se considera passível de realização se encontram numa relação proporcionada por hipóteses comprovadas sobre a realidade (VIANNA, 2014, p. 146).

5.1.2 Necessidade.

Um ato estatal que limita um direito fundamental é somente necessário caso a realização do objetivo perseguido não possa ser promovida, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite,

em menor medida, o direito fundamental atingido (VIANNA, 2014, p. 148).

Necessidade significa, pois, que não há outra situação que o Estado possa igualmente criar sem grande dispêndio, que seja menos onerosa para o cidadão e que se encontre igualmente em uma relação proporcionada por hipóteses comprovadas sobre a realidade. O fim não ser alcançado por um meio igualmente eficaz e menos oneroso.

Fica clara, então, a diferença entre o exame da necessidade e da adequação. Enquanto este é absoluto e linear (relação meio e fim entre uma medida e um objetivo), aquele tem um diferencial: a consideração das medidas alternativas para se obter o mesmo fim. É um exame, como já se disse, comparativo.

5.1.3 Proporcionalidade em sentido estrito.

Como, no exame da necessidade, o decisivo é a eficiência da medida (entre a medida mais eficiente e mais gravosa e aquela menos eficiente e menos gravosa deve-se escolher a primeira), a proporcionalidade em sentido estrito tem a função principal de evitar o uso indiscriminado de medidas exageradas, i.e., evitar que medidas estatais, embora adequadas e necessárias, restrinjam direitos fundamentais além daquilo que a realização do objetivo perseguido seja capaz de justificar. Para que uma seja considerada desproporcional em sentido estrito, basta que os motivos que fundamentam a adoção da medida não tenham peso suficiente para justificar a restrição ao direito fundamental atingido. Se a importância da realização do direito fundamental no qual a limitação se baseia não for suficiente para justificá-la, será ela desproporcional (VIANNA, 2014, p. 154).

Numa ponderação geral entre a gravidade da intervenção e o peso, bem como da urgência dos motivos justificadores, deve ser respeitado o limite da exigibilidade para os destinatários da proibição (proibição de excesso ou proporcionalidade em sentido estrito). Do exame, com base nesse parâmetro, pode resultar que um meio, em si adequado e necessário para a proteção de bens jurídicos, não possa ser empregado, porque os prejuízos infligidos aos direitos fundamentais do atingido superam claramente o aumento da proteção dos bens jurídicos [aos quais o meio empregado deve servir], de modo que a utilização do meio de proteção se apresente como inapropriada (BverfGE 90, 145)

Este terceiro passo, então, consiste em um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva. Por isso esse terceiro passo já foi comparado à fábula dos Três Ursos: o mingau (nesse caso, intervenção) não pode ser nem tão quente (tão intensa a ponto de sacrificar totalmente o princípio restringido) nem tão frio (a ponto de não realizar adequadamente o princípio que se quer promover), e sim na temperatura ideal (onde se alcança o Ótimo de Pareto: não é possível melhorar a situação de um princípio sem restringir o outro mais do que o necessário).

Quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagônico. Para se chegar a uma decisão é necessário um sopesamento nos termos da lei de colisão. Visto que a aplicação de princípios válidos – caso sejam aplicáveis – é obrigatória, e visto que para essa aplicação, nos casos de colisão, é necessário um sopesamento, o caráter principiológico das normas de direito fundamental implica a necessidade de um sopesamento quando elas colidem com princípios antagônicos. (ALEXY, 2011, pp. 117-118)

Estabelecido o que se entende por regra da proporcionalidade, começamos a responder a questão central acima posta: como decidir qual dos dois princípios (presunção de inocência ou liberdade de imprensa) deve prevalecer no caso concreto?

5.1.4 Lei do Sopesamento.

A resposta a essa pergunta repassa pelo entendimento da chamada primeira “Lei do Sopesamento” (VIANNA, 2014, p. 263 e ss.). Existe, ainda, a Segunda Lei do Sopesamento, mas ela não possui relevância para o tema aqui tratado.

Tal lei refere-se à proporcionalidade em sentido estrito e assim pode ser resumida: “Quanto maior for o grau de não satisfação ou afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro.” (ALEXY, 2011, p. 167; VIANNA, 2014, p. 263).

Essa regra vale para todos os tipos de sopesamento: a medida permitida de não satisfação ou de afetação de um princípio depende do grau de importância da satisfação do princípio que com ele colide. Isso decorre da própria natureza dos princípios, como mandamentos de otimização, ou seja, normas que são realizadas na maior medida possível, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existente.

A cláusula “dentro das possibilidades jurídicas” revela que aquilo exigido por um princípio foi inserido em uma relação com aquilo que é exigido por outro. A lei da colisão expressa em que essa relação consiste e faz com que se perceba que o peso dos princípios é sempre relativo.

A importância da primeira lei do sopesamento reside no fato dela demonstrar o que é importante para a fundamentação do método: de um lado, o grau ou intensidade da não satisfação ou afetação de um princípio; de outro lado, o grau de importância da satisfação do outro princípio. Se alguém diz que uma afetação muito intensa de um princípio somente se justifica se a importância da satisfação do princípio colidente for muito alta, ela de fato não diz quando essa afetação muito intensa e/ou o alto grau de importância estão presentes, mas diz o que deve ser fundamentado para se justificar racionalmente a relação de precedência: enunciados acerca dos graus de afetação e importância.

Os princípios, como são mandamentos de otimização, exigem realização mais ampla face às possibilidades fáticas e jurídicas, estas determinadas, sobretudo, pelos princípios colidentes. A máxima da proporcionalidade em sentido estrito representa justamente o que significa otimização em relação aos princípios colidentes. É idêntica à lei do sopesamento e possui a seguinte redação: Quanto maior for o grau de não

satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro. Otimização aqui, então, nada mais é que sopesamento.

A lei do sopesamento pode ser dividida em três passos: (1) avaliação do grau de afetação ou não satisfação de um dos princípios; (2) avaliação da importância da satisfação do princípio colidente; (3) avaliar se a importância do princípio colidente justifica a afetação ou não satisfação do outro princípio.

Utilizando de exemplo que já explanei alhures (VIANNA, 281-282), p.ex., em um caso em que é possível a formulação de juízos racionais sobre intensidades de intervenções e graus de importância, de forma que é simples se alcançar um resultado racional por meio do sopesamento: o caso das restrições impostas ao comércio e publicidade de cigarros e bebidas alcoólicas (Lei nº. 9.294/1996).

A imposição legal aos fabricantes de que suas publicidades tenham “advertência, sempre que possível falada e escrita, sobre os malefícios do fumo, bebidas alcoólicas” (art. 3º, §2º) e de que “as embalagens e os maços de produtos fumígenos [...] conterão a advertência mencionada no § 2º acompanhada de imagens ou figuras que ilustrem o sentido da mensagem” (art. 3º, §3º) é uma proibição leve na liberdade profissional, enquanto uma proibição total da venda de tais produtos seria uma proibição séria. Entre esses dois extremos há casos cuja intervenção pode ser tida como moderada (a proibição da venda de tais produtos em certos locais ou por certos meios, p.ex., como o faz o art. 3º-A).

Esse exemplo demonstra que é possível a formulação de uma escala com as categorias leves (l), moderadas (m) e sérias (s), de forma

válida e racional. Caso alguém queira classificar a proibição total da venda dos produtos como intervenção leve e as restrições à publicidade do produto como séria, será difícil (para não dizer impossível) ser levado a sério.

Esta escala serve também para as razões que justificam a intervenção. O objetivo buscado pelo legislador ao criar a norma acima mencionada é a proteção à saúde do povo. O peso de tais razões a justificar a intervenção é grande. Definidos, assim, a intensidade da intervenção como leve e o grau de importância da razão da intervenção como alto, o resultado é facilmente perceptível: a forte razão para a leve intervenção a justifica.

Do que se vê, juízos racionais sobre graus de intensidade e importância são possíveis e podem ser relacionados com vistas à fundamentação de uma decisão.

Propomos agora – como já havíamos feito com grau de profundidade bem maior (VIANNA, 2014, P. 212 e ss.) – que seja feita uma espécie de “divisão” entre os passos do sopesamento a fim de saber qual o princípio que deve prevalecer no caso concreto.

Ao analisarmos o grau de afetação ou não satisfação de um dos princípios (passo 1), chamado exemplificativamente de P1, temos que intervenção pode ser simbolizada por IP1C (“C” porque se trata de uma intervenção concreta – derivada de um caso concreto).

O passo 2 da Lei é a avaliação da importância da satisfação do princípio colidente, o qual deve ser considerado em sua concretude (não basta utilizar-se o peso abstrato do princípio, e sim o peso que ele possui no caso concreto sob análise; embora a liberdade possua peso abstrato

maior que o patrimônio, pode ser que no caso concreto o patrimônio tenha prevalência sobre ela, como no caso da prisão civil do devedor de alimentos). Assim, exemplificaremos essa importância por WP2C (utilizamos a letra “W” para representar a importância em razão de “I” já haver sido utilizada para significar a intervenção no passo 1).

Isso, entretanto, não responde à pergunta do que seja a importância concreta de P2, apenas diz que ela depende das circunstâncias do caso. Os elementos do caso concreto essenciais para decisão são a medida questionada e os efeitos que sua adoção e não adoção têm nos princípios envolvidos. Em nosso exemplo das restrições impostas ao comércio e publicidade de cigarro, bebidas alcoólicas e outros produtos, a importância concreta do princípio do direito à saúde da população decorre da definição do quão intensamente a não intervenção na liberdade profissional dos fabricantes interviria no direito à saúde do povo.

Isso pode ser generalizado e resumido na fórmula segundo a qual a importância concreta de P2 é medida a partir da definição de quão intensamente a não intervenção em P1 intervém em P2.

Assim, os objetos que devem ser avaliados como leves (l), médios (m) ou sérios (s), como propusemos acima, estão definidos. Agora é possível realizar os dois primeiros passos da lei do sopesamento em nosso modelo triádico: a avaliação de IP1C como l, m ou s e a avaliação de WP2C também como l, m ou s.

Parece-nos claro que P1 terá precedência em 3 casos: IP1C é s e WP2C é m; IP1C é s e WP2C é l; IP1C é m e WP2C é l. De outro lado, WP2C também possui precedência em 3 casos, bastando-se inverter as intensidades acima (WP2C é s e IP1C é m, WP2C é s e IP1C é l e WP2C

é m e IP1C é l). Existem também os casos de empate, mas eles não influem no tema que ora tratamos.

Essa técnica corresponde à intuição de que um princípio tem um peso concreto alto quando a ele se pretender impor uma intervenção profunda (s) por um motivo pouco importante (l). Também deixa claro porque o peso concreto é um peso relativo: o peso diminui quando a intervenção profunda (s) ocorre em virtude de uma importância mediana de satisfação do princípio colidente (m) e o mesmo resultado ocorre no caso de intervenção média (m) para a qual se apresenta uma razão de pouca importância.

Munidos de tais pressupostos, indicamos agora nossas propostas concretas.

5.2 Proposta concreta.

Creemos que a melhor maneira de compatibilizar os princípios da presunção de inocência com a liberdade de imprensa seria criarmos um paralelo com as *Sub Judice Contempt of Court* e as *Suppression Orders* australianas e neozelandesa[15].

O método tradicional na Austrália e Nova Zelândia para o trato da publicidade prejudicial ao acusado antes de seu julgamento é a prevenção e censura. Em algumas circunstâncias, as publicações são restringidas para a defesa da presunção de inocência do acusado.

O sistema legal australiano possui três estágios. Na linha de frente, estão as “leis de desobediência” (*contempt law*), especialmente as *sub judice contempt*. Se ela não se revelar suficiente, ordens de supressão (*suppression orders*) podem ser dadas pelo juiz, para impedir a publicação

de circular. Finalmente, remédios (*remedial measures*) podem ser implementos pelo juiz para “curar” o efeito da publicidade.

Focaremos nossa análise nas *sub judice contempt* e nas *suppression orders*.

5.2.1 Sub Judice Contempt.

Contempt Law é um ramo das leis de desobediência que visa a impedir a publicação de informações que tenham tendência real e definitiva a prejudicar ou conturbar processos pendentes (BURD, HORAN, 2012, p. 108). Por meio delas, indivíduos ou entidades podem ser consideradas em desobediência à Corte se publicarem ou agirem de modo a obstruir, interferir ou prejudicar a administração da justiça ou a autoridade do judiciário (ELVIDGE, 2008, p. 20-21).

Embora seu propósito ostensivo seja garantir que acusados tenham um julgamento justo, seu propósito subjacente é preservar a aparência do sistema de justiça criminal como imparcial e livre de influências externas, de forma a manter a confiança do povo na administração da justiça.

Assim que a matéria (no caso, o crime) fica sob os auspícios da justiça (ou seja, fica *sub judice*), a mídia se torna sujeita a limites impostos pelo *sub judice contempt*, já que as cortes possuem a inerente jurisdição de prevenir o risco de desobediência, como já decidiu a Suprema Corte da Nova Zelândia (*TV3 Network Services Ltd v Broadcasting Standards Authority* [1999] NZAR 452, 459). Antes do julgamento, o direito do acusado à presunção de inocência é extremamente vulnerável, já que potenciais jurados podem formar suas opiniões com base nos materiais publicados.

Como notado pela jurisprudência neozelandesa em ao menos duas oportunidades[16], a publicação será considerada em desobediência à Corte se criar um risco real ou prejuízo a um julgamento justo. O lugar-comum de se encontrar a desobediência é verificar se a publicação possui potencial para influenciar os jurados. Por isso, publicações que contenham apenas um registro fiel e correto dos procedimentos adotados pela Corte são permitidos. De outro lado, se o material contenha declarações ou informações que possam comprometer o julgamento justo, a desobediência à Corte se verifica (ELVIDGE, 2008, p. 22).

Como é comum nos países de *common law*, não existe um critério determinado e fixo do que constitui a desobediência à Corte. O critério determinante parece mesmo ser a possibilidade de influência na opinião dos jurados. Obviamente, a correta administração da justiça exige que o jurado forme sua convicção unicamente pelas evidências apresentadas no decorrer do julgamento (art. 472 do CPP). Como publicações podem conter afirmações acerca da culpa ou inocência de determinada pessoa, criar simpatia ou antipatia pelo acusado, utilizar confissões ou provas que não foram admitidas como evidências, detalhes de condenações anteriores do acusado, fazer referências a materiais proibidos de serem utilizados em plenário (art. 478 do CPP), e tais impressões não simplesmente esquecidas pelos jurados como se não existissem (e os estudos citados acima o comprovam), é de se esperar que os jurados não atinjam um veredito imparcial e justo.

Fulcral na análise da desobediência é o “risco real” de que a publicação possa influenciar os jurados. Os principais pontos analisados

para verificar tal risco são: (a) o tempo entre a publicação e o julgamento; e (b) o alcance e localização da audiência.

Quanto ao tempo entre a publicação e o julgamento, é óbvio que tal fator é relevante, pois quanto maior o tempo entre a publicação e a data do julgamento, menos influência ela poderá exercer sob os jurados, haja vista o processo natural de esquecimento, ainda mais em um mundo repleto de notícias como o atual. Por isso a Corte de Apelações neozelandesa, no caso *Gisborne Herald Co Ltd v Solicitor General* ([1995] 3 NZLR 563, 570-571), entendeu que uma matéria publicada seis meses antes do julgamento não mais teria condições de influenciar a convicção dos jurados. Hoje, em dia, contudo, com a influência da *internet* e a possibilidade de perpetuação das notícias, a análise de tal ponto deve receber maior cuidado por parte do juiz.

O alcance da audiência também deve ser levado em conta. Via de regra, quanto menor a audiência, menor o risco de influência nos jurados. Tanto que no caso *Solicitor General v Broadcasting Corporation of NZ* ([1987] 2 NZLR 100, 114) o Tribunal decidiu que uma rádio local que transmitia seu programa após as 23h não representava perigo real, já que: “*The chances of a person who had heard the broadcast actually sitting on the trial jury were very small indeed*”.

A localização da audiência é também importante. Se a publicação ocorre em lugar diverso daquele onde o caso será julgado e os jurados selecionados, é improvável que o risco real de influência ocorra. No já citado *Gisborne Herald Co Ltd v Solicitor General*, por exemplo, a Corte entendeu que uma publicação em *Gisborne Herald* não ofereceria perigo

de influenciar os jurados de Napier. Novamente, com a *internet*, a análise merece maiores cuidados.

As penas para o descumprimento da *sub judice contempt* podem ser monetárias (penas de multa, sem valor máximo definido) ou, mais raramente, prisão.

5.2.2 *Suppression Order*.

Além da ameaça das *sub judice contempt*, os sistemas australiano e neozelandês preveem também as *suppression order*, ou seja, ordem de supressão que proíbem a publicação de matérias referentes ao caso. Tais ordens podem se dirigir a determinado veículo de comunicação ou mesmo uma proibição de geral de publicações sobre determinado caso (*cf. Burns v Howling at the Moon Magazines Ltd.* [2002] 1 NZLR 381).

5.2.3 Proposta para o Direito Brasileiro.

Salta aos olhos, desde logo, que as *suppression orders* não são compatíveis com nosso direito, que não admite a censura prévia (art. 220, §2º, da CRFB).

Contudo, cremos que as *sub judice contempt* dão interessante exemplo de como compatibilizar a presunção de inocência e a liberdade de imprensa.

Defendemos que a imprensa possa noticiar todos os delitos que tiverem conhecimento e assim queiram, pois somos a favor da liberdade de imprensa mais ampla quanto possível. Contudo, como forma de não prejudicar o direito do acusado a ser presumido inocente, cremos que, ao noticiar os fatos, a imprensa não deve publicar nomes, fotos e outras características dos envolvidos que possam levar a sua identificação, e nem

emitir juízos de valores acerca da culpa ou inocência do acusado, relatando apenas os fatos fielmente como ocorridos.

Veja-se, como exemplo, o seguinte caso: o marido é acusado de matar, com facadas, a esposa após chegar embriagado em casa e travarem discussão.

Atualmente, de acordo com nossa doutrina e jurisprudência, seria possível a publicação da seguinte manchete: “BÊBADO MATA ESPOSA COM FACADAS”, assim como uma reportagem nos seguintes moldes: “Caio, pedreiro, 30 anos, que morava na Rua 1 do Bairro Fantasia, mata friamente e com requintes de violência sua esposa Semprônia, 27, na noite de 1º/01/2015. Caio, que já foi condenado por roubo e tráfico de drogas, chegou em sua casa embriagado e após discutir com a mulher, deu 5 facadas em sua barriga, matando a esposa no local.”.

No modelo que defendemos, caso a mídia optasse por divulgar a matéria, ela deveria fazê-lo aproximadamente nos termos que seguem. A manchete deveria ser algo como: “HOMEM É SUSPEITO DE ASSASSINAR A ESPOSA COM FACADAS”. E a reportagem seria: “Um pedreiro é investigado pela polícia por supostamente ter matado a facadas sua esposa, na noite de 1º/01/2015. Segundo testemunhas ouvidas pela polícia, o suspeito teria chegado embriagado na residência e, após travar discussão com a esposa, desferiu-lhe em torno de 5 facadas, causando-lhe morte instantânea.”.

A diferença de tratamento para com o acusado, em ambos os casos, é gritante. Veja-se que o segundo exemplo, a todo momento, relata os mesmos fatos transmitidos pelo primeiro exemplo, mas sem fazer qualquer tipo de juízo de valor acerca da culpa do réu ou impressões

pessoais do repórter acerca do caso. Trata-se apenas de relato fiel dos fatos e que não tem o condão de comprometer a presunção de inocência do réu, que sequer é identificado. Assim, ao chegar em plenário, poderá ter alto grau de expectativa de que os jurados não terão opinião preconcebida quanto a seu caso.

Não se diga que se trata de censura. Nenhuma publicação será objeto de análise prévia por parte de censor algum, podendo todas elas circular livremente. Entretanto, verificada a possibilidade real dela influenciar os jurados (aí levando-se em conta o conteúdo da matéria, tempo decorrido entre a publicação e a data de julgamento e o alcance do meio de comunicação e a localização da audiência), deverá a matéria ser retirada de circulação e tanto o jornalista quanto veículo que a publicou sujeitos à pena de multa, a qual será gradativamente aumentada em caso de reiteração.

A lei do sopesamento dá razão a nossas colocações. Veja-se que liberdade quase total de publicação que hoje existe (sendo vedados apenas os xingamentos e mentiras patentes) seria uma intervenção leve (l) na liberdade de imprensa; a restrição que hora pregamos seria uma intervenção moderada (m) a este princípio e a proibição total de veiculação de matérias (como na *suppression order* australiana e neozelandesa) seria uma restrição séria (s) a tal liberdade.

Por sua vez, o grau de importância de satisfação do princípio da presunção de inocência é extremamente alto (s), pois se trata de direito fundamental do acusado (art. 5º, LVII, da CRFB) e uma das mais básicas garantias de um Estado Democrático de Direito. Da forma como hoje se encontra, ele é seriamente (s) restringido, seria moderadamente (m)

atingido com o modelo que propomos (pois como não há censura prévia, ainda haveria a possibilidade de descumprimento por parte da imprensa pouco afeta à democracia) e seria atingido de forma leve (l) com a supressão total das publicações (pois aí somente a comunidade a qual o acusado pertencia saberia do caso, sendo o alcance de tais informações deveras limitado).

Assim, vemos que teríamos uma restrição moderada (m) a um princípio (liberdade de imprensa) enquanto o grau de importância de satisfação do princípio contraposto é sério (s). A afetação da presunção de inocência é séria (s), enquanto a restrição da liberdade de imprensa é moderada (m), de forma que, aplicada a Lei do Sopesamento, teríamos a razão “IP1C(m)/WP2C(s)”, a indicar que o princípio a ter precedência é, sem dúvidas, a presunção de inocência (WP2C), o que corrobora nossa proposta acima elencada, de forma a melhor preservar o referido princípio. Legítima, pois, a adoção da restrição moderada que indicamos, eis que justificada por um peso concreto sério do princípio restringido.

“Quanto maior for o grau de não satisfação ou afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro”, é o teor da Lei do Sopesamento. O aumento no grau de não satisfação da liberdade de imprensa que propomos é justificado pela maior satisfação que dele resulta para presunção de inocência (hoje severamente vilipendiado pela mídia), haja vista que frente a restrição leve (l) que hoje existe, propomos apenas uma restrição moderada (m). Ao permanecer inalterado o peso da presunção de inocência e aumentar seu grau de satisfação com ínfimo aumento da restrição à liberdade de imprensa, vê-se que a medida possui total justificação constitucional.

6 Conclusão.

A importância da liberdade de imprensa em uma democracia é incontestável. Não se pode falar em Estado Democrático de Direito sem se falar em uma imprensa o mais livre possível de censura prévia.

Contudo, também não há de se falar em Estado Democrático de Direito ou devido processo legal se o acusado não possui o direito de ser considerado inocente até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. É direito humano e fundamental que o acusado não seja tratado como se culpado fosse, valendo a triste lembrança de tempos inquisitoriais como aviso do que se pode transformar o poder punitivo quando tal garantia é esquecida.

Assim, embora não se possa duvidar da garantia da imprensa em levar ao conhecimento do público notícias envolvendo fatos criminosos ocorridos, também não se pode olvidar da garantia do acusado em ser considerado inocente.

A literatura psicologista registra sem margens para muitas dúvidas que as publicações da imprensa realizadas antes do julgamento do caso penal possui grande potencial para influir na convicção dos jurados e que o ser humano não é capaz de, simplesmente, “esquecer” ou se apartar daquilo que ele viu, leu ou ouviu nas notícias quando da prolação de seu veredito, até mesmo porque aquilo que ele tomou conhecimento fora do Tribunal influi em como o jurado age diante das provas apresentadas durante o processo.

Diante da evidente colisão entre ambos os princípios, presunção de inocência e liberdade de imprensa, a regra da proporcionalidade há de ser

aplicada, a fim de descobrir-se qual o direito fundamental que deverá prevalecer e em qual medida.

Propusemos, então, que imprensa possa noticiar todos os delitos que tiverem conhecimento e assim queiram, pois a liberdade de imprensa deve ser o mais ampla quanto possível. Contudo, como forma de não prejudicar o direito do acusado a ser presumido inocente, ao noticiar os fatos, a imprensa não deve publicar nomes, fotos e outras características dos envolvidos que possam levar a sua identificação, e nem emitir juízos de valores acerca da culpa ou inocência do acusado, relatando apenas os fatos fielmente como ocorridos.

Dessa forma, o aumento no grau de não satisfação da liberdade de imprensa é justificado pela maior satisfação que de tal aumento resulta para presunção de inocência (hoje severamente vilipendiado pela mídia), haja vista que frente a restrição leve que hoje existe, defende-se apenas uma restrição moderada. Ao permanecer inalterado o peso da presunção de inocência e se aumentar seu grau de satisfação com ínfimo aumento da restrição à liberdade de imprensa, vê-se que a medida é totalmente justificada do ponto de vista constitucional.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

ANDRADE, Fábio Martins de. *Mídia e Poder Judiciário: A influência dos Órgãos da Mídia no Processo Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ARANTES FILHO, Márcio Geraldo. Notas Sobre a Tutela Jurisdicional da Presunção de Inocência e sua Repercussão na

Conformação de Normas Processuais Penais à Constituição Brasileira. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 4, p. 24-43, mai./ago. 2010.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BATISTA, Nilo. Mídia e sistema penal no capitalismo tardio. *Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade*, Rio de Janeiro, ano 7, n. 12, p. 271-288, 2002.

BECKER, Howard S. *Outsiders: Estudos de sociologia do desvio*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008.

BURD, Roxanne; HORAN, Jacqueline. Protecting the right to a fair trial in the 21st century – has trial by jury been caught in the world wide web? *Criminal Law Journal*, Sydney, v. 36, n. 2, p. 103-122, abr. 2012.

CENEVIVA, Walter. Denuncismo e sensacionalismo. *Revista CEJ*, Brasília, n. 20, p. 17-22, jan./mar. 2003.

DEVINE, D. J.; BUDDENBAUM, J.; HOUP, S.; STUDEBAKER, N.; STOLLE, D. P. Strength of evidence, extraevidentiary influence, and the liberation hypothesis: Data from the field. *Law and Human Behavior*, New York, v. 33, n. 2, p. 136-148, abr. 2009.

DEVINE, D. J.; CLAYTON, L. D.; DUNFORD, B. B.; SEYING, R.; PRYCE, J. Jury decision making: 45 years of empirical research on deliberating groups. *Psychology, Public Policy, and Law*, Washington, v. 7, n. 3, p. 622-727, set. 2001.

DORNELES, Carlos. *Bar Bodega: um crime de imprensa*. São Paulo: Globo, 2007.

DWORKIN, Ronald. *Talking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

ELVIDGE, Amy. *Trying Times: The Right to a Fair Trial in the Changing Media Environment*. Otago: Otago Yearbook of Legal Research, 2008.

FEIN, S.; MCCLOSKEY, A. L.; TOMLINSON, T. M. Can the jury disregard that information? The use of suspicion to reduce the prejudicial effects of pretrial publicity and inadmissible testimony. *Personality and Social Psychology Bulletin*, Columbus, v. 23, n. 11, p. 1215-1226, nov. 1997.

FERRAJOLI, Luigi, *Direito e Razão: Teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer Sica et al. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

HOPE, L.; MEMON, A.; MCGEORGE, P. Understanding pretrial publicity: predecisional distortion of evidence by mock jurors. *Journal of Experimental Psychology: Applied*, Washington, v. 10, n. 2, p. 111-119, jun. 2004

LANYI, José Paulo. História de uma cobertura criminosa. *Observatório da Imprensa*, São Paulo/Campinas, n. 478, mar. 2008. Disponível em: <http://observatoriodaimprensa.com.br/armazem-literario/historia_de_uma_cobertura_criminosa/>. Acesso em: 06 de mai. 2015.

IMRICH, D. J.; MULLIN, C.; LINZ, D.; Measuring the Extent of Prejudicial Pretrial Publicity in Major American Newspapers: A Content Analysis. *Journal of Communication*, New York, v. 45, n. 3, 94-118, set. 1995.

MELLO, Carla Gomes de. Mídia e Crime: Liberdade de Informação Jornalística e Presunção de Inocência. *Revista de Direito Público*, Londrina, v. 5, n. 2, p. 106-122, ago. 2010.

NAVES, Nilson. Relações entre a Imprensa e a Justiça no Brasil. *Cadernos Jurídicos da Escola Paulista da Magistratura*, São Paulo, ano 4, n. 18, p. 95-98, nov./dez. 2003.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 11 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

PRATES, Flávio Cruz; TAVARES, Neusa Felipim dos Anjos. A influência da mídia nas decisões do conselho de sentença. *Direito & Justiça*, Porto Alegre, v. 34, n. 2, p. 33-39, jul./dez. 2008.

RADFORD, Benjamin. *Media Mythmakers: how journalists, activists and advertisers mislead us*. Amherst: Prometheus Book, 2003.

RUVA, C. L.; MCEVOY, C. Negative and positive pretrial publicity affect juror memory and decision making. *Journal of Experimental Psychology: Applied*, Washington, v. 14, n. 3, p. 226-235, set. 2008.

SILVA, Camila Garcia da. O Caso dos Irmãos Naves: “Tudo o que disse foi de medo e pancada”. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 4, p. 78-85, mai./ago. 2010.

STEBLAY, N. M.; BESIREVIC, J.; FULERO, S. M.; JIMENEZ-LORENTE, B. The effects of pretrial publicity on juror verdicts: A meta-analytic review. *Law and Human Behavior*, New York, v. 23, n. 2, p. 219–235, abr. 1999.

TANFORD, J. The law and psychology of jury instructions. *Nebraska Law Review*, Lincoln, v. 69, n.1, p. 71-111, 1990.

VIANNA, Felipe Augusto Fonseca. A Influência da Mídia na Formação da Política de Drogas: O caso dos Estados Unidos da América. *Boletim Conteúdo Jurídico*, Brasília, v. 302, 09-14 jun. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-influencia-da-midia-na-formacao-da-politica-de-drogas-o-caso-dos-estados-unidos-da-america,48564.html>>. Acesso em: 6 mai. 2015.

_____. *Direitos Fundamentais e Competência de Reforma Constitucional: Os limites materiais das emendas à Constituição*. São Paulo: Baraúna, 2014.

ZILNEY, Lisa Anne. *Drugs: Policy, Social Costs, Crime, and Justice*. Upper Saddle River: Prentice Hall, 2011.

NOTAS:

[1] Não se desconhece a discussão doutrinária acerca da correta nomenclatura do princípio em questão, havendo aqueles que preferem nomeá-lo como “presunção de não-culpabilidade”, “princípio da não-culpabilidade”, “estado de inocência”, etc. Embora se concorde com o Prof. Eugênio Pacelli no sentido de existir, de fato, o estado jurídico de inocência, utilizar-se-á, no decorrer do texto, a expressão “princípio de presunção da inocência” em razão de seu uso já consagrado há muito no cenário jurídico. Cf., acerca do tema, OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 11 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 37-38.

[2] Luigi Ferrajoli também diferencia as diversas facetas que dão conformação ao princípio da presunção de inocência: “no sentido de ‘regra de tratamento do imputado’, que exclui ou ao menos restringe ao máximo a limitação da liberdade pessoal; ou no sentido de ‘regra de juízo,

que impõe o ônus da prova à acusação além da absolvição em caso de dúvida”. (FERRAJOLI, Luigi, *Direito e Razão: Teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer Sica et al. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 507).

[3] Veja-se, p. ex., interessante caso julgado pela Corte Europeia de Direitos Humanos, denominado *Case of Allenet de Ribemont vs France (Application n.º. 15175/89)*, j. 10/02/1995, onde o Estado francês foi condenado por violação a garantia da presunção de inocência em razão de declarações de um Ministro de Estado, prestadas em entrevista, das quais se extraiu prévia atribuição de responsabilidade penal a um investigado.

[4]E por isso julgamos de todo equivocada a decisão do Supremo Tribunal Federal que, ao julgar procedentes as Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) n.º. 29 e 30, em 16/02/2012, declarou a constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar 135/2010), a qual permitia considerar inelegíveis os candidatos que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, em razão da prática de crimes contra a economia popular, a fé pública, a administração pública e o patrimônio público; contra o patrimônio privado, o sistema financeiro, o mercado de capitais e os previstos na lei que regula a falência; e contra o meio ambiente e a saúde pública.

[5] “- A prisão preventiva não pode – e não deve – ser utilizada, pelo Poder Público, como instrumento de punição antecipada daquele a quem se imputou a prática do delito, pois, no sistema jurídico brasileiro, fundado em bases democráticas, prevalece o princípio da liberdade,

incompatível com punições sem processo e inconciliável com condenações sem defesa prévia. A prisão preventiva – que não deve ser confundida com a prisão penal – não objetiva infligir punição àquele que sofre a sua decretação, mas destina-se, considerada a função cautelar que lhe é inerente, a atuar em benefício da atividade estatal desenvolvida no processo penal.” (RTJ 180/262-264, Rel. Min. Celso de Mello). Daí a clara advertência do Supremo Tribunal Federal, que tem sido reiterada em diversos julgados, no sentido de que se revela absolutamente inconstitucional a utilização, com fins punitivos, da prisão cautelar, pois esta não se destina a punir o indiciado ou o réu, sob pena de manifesta ofensa às garantias constitucionais da presunção de inocência e do devido processo legal, com a conseqüente (e inadmissível) prevalência da ideia – tão cara aos regimes autocráticos – de supressão da liberdade individual, em um contexto de julgamento sem defesa e de condenação sem processo (HC 93.883/SP, Rel. Min. Celso de Mello, v. g.). Isso significa, portanto, que o instituto da prisão cautelar – considerada a função exclusivamente processual que lhe é inerente – não pode ser utilizado com o objetivo de promover a antecipação satisfativa da pretensão punitiva do Estado, pois, se assim fosse lícito entender, subverter-se-ia a finalidade da prisão preventiva, daí resultando grave comprometimento ao princípio da liberdade (HC 89.501/GO, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 16/03/2007).

[6] Súmula Vinculante nº. 11: Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato

processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

[7] Cf., acerca do papel legitimador do sistema penal exercido pela mídia, o imprescindível trabalho de BATISTA, Nilo. Mídia e sistema penal no capitalismo tardio. *Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade*, Rio de Janeiro, ano 7, n. 12, p. 271-288, 2002, *passim*.

[8] Como disse Howard Becker, “ele [o crime] é criado pela sociedade. [...] grupos sociais criam o desvio ao fazer as regras cuja infração constitui desvio, e ao aplicar essas regras a pessoas particulares e rotulá-las como outsiders. Desse ponto de vista, o desvio *não* é uma qualidade do ato que a pessoa comete, mas uma consequência da aplicação por outros de regras e sanções a um “infrator”. O desviante é alguém a quem esse rótulo foi aplicado com sucesso; o comportamento desviante é aquele que as pessoas rotulam como tal.” (BECKER, Howard S. *Outsiders: Estudos de sociologia do desvio*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008, p. 21-22, grifos do original). E continua: “Se o ato é ou não desviante, portanto, depende de como outras pessoas reagem a ele. [...] O simples fato de uma pessoa ter cometido uma infração a uma regra não significa que outros reagirão como se isso tivesse acontecido. (Inversamente, o simples fato de ela não ter violado uma regra não significa que não possa ser tratada, em algumas circunstâncias, como se o tivesse feito.” (BECKER, *Outsiders*, op. cit., 2008, p. 24).

[9] Mas, como lembra Nilo Batista, os enunciados do discurso criminológico da mídia, além de jamais alcançar constatação empírica, eis que são indemonstráveis, não representam o produto de um esforço na direção do saber, e sim uma articulação retórico-demonstrativa de um

“credo” que tem seu núcleo irradiador na própria ideia de pena (*Mídia*, op. cit., 2002, p. 277).

[10] Na feliz síntese de Nilo Batista: “Decisões do Congresso Nacional capazes de afetar milhões de brasileiros obtêm divulgação ínfima se comparada com as atividades inquisitoriais de alguma CPI, ou com investigações sobre a própria conduta de parlamentares.” (*Mídia*, op. cit., 2002, p. 282). Acerca do tema da influência da mídia na formação da política de drogas, cf. VIANNA, Felipe Augusto Fonseca. A Influência da Mídia na Formação da Política de Drogas: O caso dos Estados Unidos da América. *Boletim Conteúdo Jurídico*, Brasília, v. 302, 09-14 jun. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-influencia-da-midia-na-formacao-da-politica-de-drogas-o-caso-dos-estados-unidos-da-america,48564.html>>. Acesso em: 6 mai. 2015.

[11] Para um resumo bastante completo do caso, cf. SILVA, Camila Garcia da. O Caso dos Irmãos Naves: “Tudo o que disse foi de medo e pancada”. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 4, p. 78-85, mai./ago. 2010.

[12] *R v Bell* (unreported, NSW Court of Criminal Appeal, Spigelman CJ, Abadee and Ireland JJ, 8 October 1998) 5-6.

[13] Cf. FEIN, S.; MCCLOSKEY, A. L.; TOMLINSON, T. M. *Can the jury disregard that information? The use of suspicion to reduce the prejudicial effects of pretrial publicity and inadmissible testimony. Personality and Social Psychology Bulletin*, Columbus, v. 23, n. 11, p. 1215-1226, nov. 1997; TANFORD, J. The law and psychology of jury instructions. *Nebraska Law Review*, Lincoln, v. 69, n.1, p. 71-111, 1990; DEVINE, D. J.; CLAYTON, L. D.; DUNFORD, B. B.; SEYING, R.; PRYCE, J. Jury decision making: 45 years of empirical research on

deliberating groups. *Psychology, Public Policy, and Law*, Washington, v. 7, n. 3, p. 622-727, set. 2001.

[14] Não se aprofundará, aqui, na Teoria dos Princípios de Robert Alexy, tratando apenas do necessário para a compreensão da posição por nós defendida adiante. Para uma exposição bem mais detalhada da matéria, cf. VIANNA, Felipe Augusto Fonseca. *Direitos Fundamentais e Competência de Reforma Constitucional: Os limites materiais das emendas à Constituição*. São Paulo: Baraúna, 2014.

[15] Para um melhor entendimento de ambos os institutos, cf. ELVIDGE, Amy. *Trying Times: The Right to a Fair Trial in the Changing Media Environment*. Otago: Otago Yearbook of Legal Research, 2008; BURD, Roxanne; HORAN, Jacqueline. Protecting the right to a fair trial in the 21st century – has trial by jury been caught in the world wide web? *Criminal Law Journal*, Sydney, v. 36, n. 2, p. 103-122, abr. 2012.

[16] *Solicitor General v TV3 Network Services Ltd and Television New Zealand Ltd*, (Christchurch High Court, M520/96, 8 April 1997, John Hansen J, Eichelbaum CJ) e *Gisborne Herald Co Ltd v Solicitor General* [1995] 3 NZLR 563, 567.

Conforme a NBR 6023:2000 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico publicado em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma: VIANNA, Felipe Augusto Fonseca. *Presunção de Inocência e Liberdade de Imprensa: A Cobertura Midiática e sua Influência no Tribunal do Júri. Estudo em Homenagem ao Professor Nasser Abrahim Nasser Netto*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 19 maio 2015. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.53468>>. Acesso em: 23 maio 2015.

PROCESSO E PREVIDÊNCIA: CRESCENTE INTERESSE DAS CORTES SUPREMAS EM MATÉRIA PREVIDENCIÁRIA

FERNANDO RUBIN: Advogado do Escritório de Direito Social. Bacharel em Direito pela UFRGS, com a distinção da Láurea Acadêmica. Mestre em processo civil pela UFRGS. Professor da Graduação e Pós-graduação do Centro Universitário Ritter dos Reis - UNIRITTER, Laureate International Universities. Professor Colaborador da Escola Superior de Advocacia - ESA/RS. Professor Pesquisador do Centro de Estudos Trabalhistas do Rio Grande do Sul - CETRA-Imed. Professor convidado de cursos de Pós-graduação *latu sensu*. Colunista e Articulista de revistas especializadas em processo civil, previdenciário e trabalhista.

Índice: I. Introdução. II. A questão “EPI” no STF. III. A questão “requerimento administrativo” no STF. IV. A questão “desaposentação” no STF. V. A questão “atividade especial” no STF. VI. Últimas importantes teses previdenciárias firmadas pelo STJ. VII. Considerações finais.

Palavras-chave: Processo previdenciário. Supremo Tribunal Federal. Superior Tribunal de Justiça.

I – INTRODUÇÃO.

Em momento de divulgação e debate de nossas mais recentes produções doutrinárias em disciplina de Direito Social^[1], entendemos relevante debatermos as últimas principais questões previdenciárias que vêm sendo enfrentadas no âmbito do Supremo Tribunal Federal e também do Superior Tribunal de Justiça, alertando para o aumento de temas que passaram a ser debatidos pelas mais altas Cortes de justiça do país.

II. A QUESTÃO “EPI” NO STF.

O Equipamento de Proteção Individual – EPI – tem sua extrema relevância, no cenário previdenciário e também trabalhista, pela sua utilização na diminuição dos riscos ocupacionais relacionados ao ruído, redução da exposição ao trabalhador ao agente insalubre da mesma ordem, determinando, em muitos casos, que deixe de ser reconhecida a atividade como especial, quando comprovada a sua eficácia, permitindo que a exposição sonora no ambiente de trabalho fique dentro dos parâmetros legais estabelecidos[2].

A respeito do tema, é tradicional tese patronal no sentido de que a utilização adequada do equipamento elide a presença do agente agressivo, mesmo em ambiente de ruído expressivo. O tema finalmente chegou ao Supremo Tribunal Federal, no final de 2014, sendo desenvolvida tese que exige, na verdade, a análise do caso concreto; mas que trata, em linhas gerais, de proteger o segurado, ao passo que sinaliza para a aplicação da legislação vigente quanto à exposição anômala a ruído – atualmente em 85 decibéis, o que está de acordo com a NR-15[3].

O Supremo Tribunal Federal (STF) concluiu em 04/12/2014 o julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 664335, com repercussão geral reconhecida, e fixou duas teses que deverão ser aplicadas a pelo menos 1.639 processos judiciais movidos por trabalhadores de todo o País que discutem os efeitos da utilização de

Equipamento de Proteção Individual (EPI) sobre o direito à aposentadoria especial.

Na primeira tese, os ministros do STF decidiram, por maioria de votos, que “o direito à aposentadoria especial pressupõe a efetiva exposição do trabalhador a agente nocivo a sua saúde, de modo que se o Equipamento de Proteção Individual (EPI) for realmente capaz de neutralizar a nocividade, não haverá respaldo à concessão constitucional de aposentadoria especial”. A outra tese fixada no julgamento, também por maioria de votos, é a de que, “na hipótese de exposição do trabalhador a ruído acima dos limites legais de tolerância, a declaração do empregador no âmbito do Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP), no sentido da eficácia do Equipamento de Proteção Individual (EPI), não descaracteriza o tempo de serviço especial para a aposentadoria”

Embora o argumento do INSS tenha sido abrangido pela primeira tese fixada pelo STF, o Plenário negou provimento ao recurso porque, no caso dos autos, o trabalhador era um auxiliar de produção que trabalhou, entre 2002 e 2006, no setor de usinagem de uma empresa de Chapecó (SC), onde era exposto, de modo habitual e permanente, a ruídos que chegavam a 95 decibéis, sendo essa circunstância abrangida pela segunda tese fixada pelo STF [\[4\]](#).

Tal entendimento do STF, portanto, pode ser considerado mais favorável aos interesses do segurado, já que não impede o reconhecimento do seu direito a benefício previdenciário especial,

mesmo quando utilizado corretamente o EPI, o que será objeto de exame no caso *sub judice*.

III. A QUESTÃO “REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO” NO STF.

Outra questão importante examinada pelo Pretório Excelso, recentemente, tangencia-se à necessidade de indeferimento de pedido administrativo para ajuizamento de demanda previdenciária perante o Poder Judiciário Federal – especialmente a partir do paradigmático julgado do STF a respeito: Recurso Extraordinário nº 631.240, também julgado em 2014.

Inegavelmente, uma das atuais questões discutidas em Processo e Previdência são as hipóteses em que se faz necessário o requerimento do benefício previdenciário na via administrativa e, especialmente, as situações excepcionais em que tal requerimento se torna despiciendo^[5].

Evidentemente que se houver hipótese excepcional em que o segurado possa vir a diretamente requerer benesse de caráter alimentar perante o Poder Judiciário, sem que tenha que passar pelo – não raro – melindroso *iter* administrativo, tal situação será cuidadosamente considerada e levada a cabo pelo procurador constituído pelo hipossuficiente.

Eis a razão da nossa objetiva investigação nesta passagem, com atualização do posicionamento adotado principalmente pela jurisprudência, em exegese contemporânea do teor da histórica Súmula 89, editada pelo STJ nos idos de 1993, a exigir o

requerimento administrativo previdenciário, não obstante ser desnecessário o exaurimento desta via.

Passemos, então, a repercutir a recente decisão proferida no RE 631.240 - MG que, em sede de repercussão geral - caráter vinculante - instituiu novo requisito à propositura de ações previdenciárias, uniformizando o entendimento a respeito do tema, nos termos da essência da ementa que segue:

“A instituição de condições para o regular exercício do direito de ação é compatível com o art. 5º, XXXV, da Constituição. Para se caracterizar a presença de interesse em agir, é preciso haver necessidade de ir a juízo. A concessão de benefícios previdenciários depende de requerimento do interessado, não se caracterizando ameaça ou lesão a direito antes de sua apreciação e indeferimento pelo INSS, ou se excedido o prazo legal para sua análise. É bem de ver, no entanto, que a exigência de prévio requerimento não se confunde com o exaurimento das vias administrativas. A exigência de prévio requerimento administrativo não deve prevalecer quando o entendimento da Administração for notória e reiteradamente contrário à postulação do segurado. Na hipótese de pretensão de revisão, restabelecimento ou manutenção de benefício anteriormente concedido, considerando que o INSS tem o dever legal de conceder a prestação mais vantajosa possível, o pedido poderá ser formulado diretamente em juízo – salvo se depender da análise de matéria de fato ainda não levada ao conhecimento da Administração –, uma vez que, nesses casos, a conduta do INSS já

configura o não acolhimento ao menos tácito da pretensão. Tendo em vista a prolongada oscilação jurisprudencial na matéria, inclusive no Supremo Tribunal Federal, deve-se estabelecer uma fórmula de transição para lidar com as ações em curso, nos termos a seguir expostos. Quanto às ações ajuizadas até a conclusão do presente julgamento (03.09.2014), sem que tenha havido prévio requerimento administrativo nas hipóteses em que exigível, será observado o seguinte: (i) caso a ação tenha sido ajuizada no âmbito de Juizado Itinerante, a ausência de anterior pedido administrativo não deverá implicar a extinção do feito; (ii) caso o INSS já tenha apresentado contestação de mérito, está caracterizado o interesse em agir pela resistência à pretensão; (iii) as demais ações que não se enquadrem nos itens (i) e (ii) ficarão sobrestadas, observando-se a sistemática a seguir. Nas ações sobrestadas, o autor será intimado a dar entrada no pedido administrativo em 30 dias, sob pena de extinção do processo. Comprovada a postulação administrativa, o INSS será intimado a se manifestar acerca do pedido em até 90 dias, prazo dentro do qual a Autarquia deverá colher todas as provas eventualmente necessárias e proferir decisão. Se o pedido for acolhido administrativamente ou não puder ter o seu mérito analisado devido a razões imputáveis ao próprio requerente, extingue-se a ação. Do contrário, estará caracterizado o interesse em agir e o feito deverá prosseguir. Em todos os casos acima – itens (i), (ii) e (iii) –, tanto a análise administrativa quanto a judicial deverão levar em conta a data do início da ação como data de entrada do

requerimento, para todos os efeitos legais. Recurso extraordinário a que se dá parcial provimento, reformando-se o acórdão recorrido para determinar a baixa dos autos ao juiz de primeiro grau, o qual deverá intimar a autora – que alega ser trabalhadora rural informal – a dar entrada no pedido administrativo em 30 dias, sob pena de extinção. Comprovada a postulação administrativa, o INSS será intimado para que, em 90 dias, colha as provas necessárias e profira decisão administrativa, considerando como data de entrada do requerimento a data do início da ação, para todos os efeitos legais. O resultado será comunicado ao juiz, que apreciará a subsistência ou não do interesse em agir”^[6].

Tratando-se, portanto, de aposentadorias previdenciárias, independentemente se processadas perante o rito sumaríssimo ou o rito comum ordinário na Justiça Federal, ratifica o Pretório Excelso que se faz indispensável o requerimento administrativo, sendo judicializado o conflito tão somente a partir de cabal comprovação de indeferimento do pleito pela agência do INSS.

Por outro lado, entende-se que as demandas revisionais, aqui incluída a questão de revisão da RMI a partir de incorporação de parcelas trabalhistas reconhecidas pela Justiça Laboral, podem ser requeridas imediatamente, mesmo porque o INSS deve ter sido intimado para tomar ciência, nos autos executivos do processo laboral, do recolhimento de contribuições previdenciárias sobre as parcelas de natureza salarial reconhecidas mediante a intervenção do Estado-juiz.

Também, deve-se fazer uma ressalva envolvendo os casos em que bem identificados o prévio conhecimento da posição contrária ao pleito do segurado pelo INSS: entendemos que a desaposentação, por exemplo, estaria enquadrada nas situações, nas quais já se tem prévio conhecimento do indeferimento pela via administrativa, em virtude de uma suposta inexistência de previsão legal autorizadora, razão pela qual torna-se desnecessário exercer a pretensão junto à esfera administrativa como requisito da ação judicial.

Em suma, entendemos que o STF, por meio do Recurso Extraordinário nº 631.240, tratou de detalhar a solução da problemática e revigorar o peso da antiga Súmula nº 89 do STJ – que vinha, nos últimos períodos, sendo mitigada em inúmeras ocasiões pelos juízos de primeiro e segundo grau. Está-se, assim, encorajando, salvo tópicas exceções, e a favor do INSS, a extinção do processo sem julgamento da lide, mesmo de ofício pelo juiz a qualquer tempo e grau de jurisdição, forte no art. 267, VI e par. 3º do CPC^[7], quando não houver indeferimento administrativo, ainda mais diante das aposentadorias previdenciárias – lembrando que o caso concreto envolvia a concessão de uma aposentadoria por idade rural.

IV. A QUESTÃO “DESAPOSENTAÇÃO” NO STF.

No tópico anterior, em rápidas linhas, chegamos a mencionar a hipótese delicada da desaposentação, que realmente vem sendo requerida diretamente na via judicial, sem requerimento administrativo, diante da posição intransigente do INSS em não reconhecer tal hipótese jurídica.

Sendo certo que a concessão de uma aposentadoria previdenciária não determina necessariamente a extinção do contrato de trabalho, podendo o obreiro continuar a desenvolver a sua atividade profissional na mesma empresa inclusive, surge a dúvida a respeito da forma como as contribuições posteriores ao jubramento serão contabilizadas pelo sistema, ao passo que há determinação legal, constante no art. 18 c/c art. 65 da Lei nº 8.213/91, que impede a percepção de qualquer prestação por parte do segurado obrigatório aposentado, salvo o benefício salário-família e o serviço da reabilitação profissional.

Evidentemente que permanecendo o segurado trabalhando deve contribuir para o INSS sobre a sua remuneração (denominado de salário-contribuição pelo sistema previdenciário); sendo que sobre os valores da aposentadoria que percebe não há incidência de recolhimento para o INSS. O problema é justamente que, nesse período de labor pós jubramento, o segurado obrigatório contribui para o sistema e não recebe nenhuma contraprestação significativa em troca, o que evidentemente fere o princípio constitucional da precedência da fonte de custeio, que tem na contrapartida uma de suas lógicas inafastáveis^[8].

Assim, imperioso admitirmos que possui o segurado, nessas condições, direito à renúncia à atual aposentadoria previdenciária para receber benefício mais vantajoso, pelo cômputo das contribuições feitas ao INSS para o aposentado que permanecer

trabalhando, após o jubramento, beneficiando-se ainda de melhor aplicação do fator previdenciário^[9].

Tal raciocínio não vem sendo aceito na via administrativa, alegando o INSS que falta enquadramento legal para autorizar a desaposentação^[10]. No âmbito administrativo, a desaposentação é tratada pelo Regulamento da Previdência Social, no artigo 181-B do Decreto nº 3.048/99, sendo explicitado que as aposentadorias são irreversíveis e irrenunciáveis, salvo a possibilidade do segurado desistir da aposentadoria, manifestando esta intenção, não recebendo daí o pagamento do primeiro benefício e nem sacando o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) ou o Programa de Integração Social (PIS).

O Superior Tribunal de Justiça vem confirmando o direito à desaposentação sem a necessidade de devolução dos valores. Grande paradigma nesse sentido é o Recurso Especial nº 1334488, conforme seguinte passagem da ementa: “RECURSO ESPECIAL. MATÉRIA REPETITIVA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO. STJ 8/2008. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. DESAPOSENTAÇÃO E REAPOSENTAÇÃO. RENÚNCIA A APOSENTADORIA. CONCESSÃO DE NOVO E POSTERIOR JUBILAMENTO. DEVOLUÇÃO DE VALORES. DESNECESSIDADE. 1. Trata-se de Recursos Especiais com intuito, por parte do INSS, de declarar impossibilidade de renúncia a aposentadoria e, por parte do segurado, de dispensa de devolução de valores recebidos de aposentadoria a que pretende abdicar. 2. A pretensão do segurado consiste em renunciar à aposentadoria

concedida para computar período contributivo utilizado, conjuntamente com os salários de contribuição da atividade em que permaneceu trabalhando, para a concessão de posterior e nova aposentação. 3. Os benefícios previdenciários são direitos patrimoniais disponíveis e, portanto, suscetíveis de desistência pelos seus titulares, prescindindo-se da devolução dos valores recebidos da aposentadoria a que o segurado deseja preterir para a concessão de novo e posterior jubramento”^[11].

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, ainda não julgou o tema definitivamente, sendo que no Recurso Extraordinário nº 381367 o Min. Marco Aurélio votou dando provimento ao recurso dos aposentados, em 16/09/2010. Em seu entendimento, da mesma forma que o trabalhador aposentado que retorna à atividade tem o ônus de contribuir, a previdência social tem o dever de, em contrapartida, assegurar-lhe os benefícios próprios, levando em consideração as novas contribuições feitas.

Já no Recurso Extraordinário nº 661256, o STF reconheceu repercussão geral da questão. É bem verdade que o STF já decidiu no Recurso Extraordinário nº 630501 que o segurado tem direito a benefício mais vantajoso desde que já preenchidas previamente condições para concessão de aposentadoria; mas a questão da desaposentação não é idêntica, já que o segurado vai desejar, nesse último caso, aproveitar em seu favor o tempo de contribuição – e aumento de sua idade – em período posterior à jubilação originária.

Na sessão de 9 de outubro de 2014, o ministro Luís Roberto Barroso, relator dos REs 661256 (com repercussão geral) e RE 827833, considerou válida a desaposentação, sob o argumento de que a legislação é omissa em relação ao tema, não havendo qualquer proibição expressa a que um aposentado do RGPS que tenha continuado a trabalhar pleiteie novo benefício, mas desde que o fator previdenciário seja sempre aquele obtido a tempo da aposentadoria previdenciária originária. Propôs ainda que, como não há norma legal sobre o assunto, a orientação passe a ser aplicada somente 180 dias após publicação do acórdão do Supremo, com o objetivo de possibilitar que os Poderes Legislativo e Executivo, se o desejarem, tenham a possibilidade de regulamentar a matéria.

Em desfavor da desaposentação, no entanto, os Ministros Dias Toffoli e Teori Zavascki, ressaltaram, respectivamente, que dado o caráter solidário e contributivo do sistema previdenciário brasileiro, no qual os trabalhadores de hoje são responsáveis pelo custeio dos benefícios dos aposentados, não há qualquer inconstitucionalidade na norma que veda aos beneficiários que permaneceram no mercado de trabalho, ou a ele voltaram, o direito a qualquer benefício, exceto o salário-família ou a reabilitação profissional; não havendo como supor a existência de um direito subjetivo que permita ao segurado do RGPS renunciar a um benefício já concedido para simultaneamente obter outro da mesma natureza, porém mais vantajoso, com base em contribuições ocorridas posteriormente à concessão.

Seguro que a questão ainda não está definitivamente resolvida^[12], sendo suscitada a celeuma, no nosso entendimento, por disposição legal atual inadequada. Tanto assim é que o direito à desaposentação paralelamente vem sendo discutido no Congresso Nacional – por exemplo, no Projeto de Lei nº 1168/2011, Projeto de Lei nº 3884/2008 e Projeto de Lei nº 4264/2008 – tudo a indicar que a questão seria melhor resolvida, e de forma também mais democrática, junto ao Parlamento e não junto ao Poder Judiciário, como mesmo deu a entender o Min. Luís Roberto Barroso no seu importante voto.

V. A QUESTÃO “ATIVIDADE ESPECIAL” NO STF.

Gostaríamos de apontar ainda uma outra questão complexa que vem sendo tratada no STF – essa ainda sem solução definitiva, como no caso da desaposentação.

A última e mais delicada modalidade de aposentadoria previdenciária denomina-se aposentadoria especial. Regula o art. 57 da Lei nº 8.213/91, a partir do permissivo constitucional constante no art. 201, par. 1º e de acordo com as alterações promovidas pela Lei nº 9.032/95, que o B46 será devido, uma vez cumprida a carência de 180 meses, ao segurado que tiver trabalhado sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme dispuser a lei.

Entende-se que dada a insalubridade do exercício de determinadas atividades especiais, esse seria o tempo suficiente para

o segurado obter o benefício, deixando o ambiente inóspito. Isso não significa que o segurado não possa mais exercer qualquer tipo de atividade laboral; pode inclusive, aposentado, continuar prestando serviço para a mesma empresa, mas, *s.m.j.*, desde que em função diversa, afastado da nocividade dos agentes agressivos^[13].

Justamente o tema de debate jurisprudencial atual é a respeito dessa hipótese de o segurado continuar prestando atividades profissionais, inclusive para a mesma empresa, desde que passe a exercer função em que não esteja mais submetendo aos agentes agressivos/insalubres determinadores da concessão do seu B46. Nos termos do art. 57, par. 8º da lei de benefícios, o aposentado especial que retornar à atividade sujeita aos agentes nocivos terá seu benefício suspenso; a vedação diz respeito apenas à continuidade no trabalho sujeito aos agentes nocivos, não à atividade normal^[14].

É bem verdade que, em período próximo essa questão passou a ser mais discutida no seio da Justiça Federal, chegando a Corte Especial do TRF4ª Região a decidir pela inconstitucionalidade do par. 8º do art. 57 da lei de benefícios, (a) por afronta ao princípio constitucional que garante o livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão; (b) porque a proibição constitucional a trabalho perigoso ou insalubre só se destina aos menores de dezoito anos, não havendo vedação ao segurado aposentado; e (c) porque a Carta Magna não estabelece qualquer restrição ou condição ao gozo de aposentadoria especial^[15].

Subindo a discussão ao Supremo Tribunal Federal, foi reconhecida repercussão geral no Recurso Extraordinário nº 788.092/SC, pelo Min. Dias Toffoli, em 06/03/2014, aguardando o processo colocação em pauta para decisão pelo colegiado^[16].

Trata-se de tema realmente delicado, sendo defensáveis posições a favor e contra o interesse do segurado de permanecer na atividade especial, a fim de manter seu padrão de vida, sem evidente prejuízo financeiro. Por outro lado, o segurado pode estar assim se prejudicando, agravando eventual quadro de saúde, em razão dos agentes insalubres envolvidos no ambiente de trabalho inóspito – como realmente parece encaminhar a *men legis*.

VI. ÚLTIMAS IMPORTANTES TESES PREVIDENCIÁRIAS FIRMADAS PELO STJ.

Paralelamente ao trabalho de maior vigor que vem fazendo o STF, nos últimos períodos em matéria constitucional previdenciária, o STJ, dentro do seu âmbito de exame da matéria infraconstitucional relacionada à Previdência Social, vêm da mesma forma sendo importante para a pacificação de alguns temas.

Já chegamos a admitir, antes nesse ensaio, que em matéria da desaposentação, o STJ firmou entendimento amplamente favorável ao segurado, a favor da tese, e ainda sem que seja determinada a necessidade de devolução de valores pelo parte hipossuficiente, em face do caráter alimentar da prestação.

Vejamos, nessa passagem, outras importantes questões que foram definidas pelo Tribunal da Cidadania^[17].

Aposentadoria por idade híbrida: o STJ vem permitindo ao segurado receber o benefício da aposentadoria por idade híbrida (aquela que permite ao segurado mesclar o período urbano com o período rural para completar a carência mínima exigida), ainda que tenha buscado em juízo o direito à aposentadoria por tempo de contribuição, sem que isso configure julgamento *extra petita*. Para tanto, a condição é que o segurado preencha os requisitos legais para a obtenção da aposentadoria, fechando o período de 180 meses de carência, entre comprovação de trabalho rural e contribuição ao regime previdenciário com trabalho urbano[18]. Esse foi o entendimento adotado pela Segunda Turma em setembro de 2014. Na ocasião, a Turma negou o [recurso especial](#) do Instituto Nacional do Seguro Social e manteve decisão que concedeu a aposentadoria por idade híbrida a trabalhadora rural que pediu na Justiça a aposentadoria por tempo de contribuição. Os ministros verificaram que a segurada tinha a idade mínima de 60 anos e que cumprira os períodos de atividade urbana e rural (REsp 1.367.479). O ministro Mauro Campbell Marques, explicou que a Lei 11.718/2008 criou a possibilidade de concessão de aposentadoria por idade aos trabalhadores rurais que se enquadrem nas categorias de segurado empregado, contribuinte individual, trabalhador avulso e segurado especial, com observância da idade mínima de 65 anos para o homem e 60 anos para a mulher. De acordo com o ministro, caso o trabalhador rural não alcance o tempo mínimo de atividade rural, assim que atingir a idade para aposentadoria rural poderá somar

esse tempo a outros, em quaisquer atividades, para fins de aposentadoria por idade híbrida[19].

Segurado especial: Já é pacífico no STJ o entendimento de que a legislação exclui expressamente da condição de segurado especial o trabalhador que, atuando no meio rural, deixa o campo e se enquadra em qualquer outra categoria do regime geral da previdência social a partir do primeiro dia do mês em que passou a exercer outra atividade ([REsp 1.307.950](#)). Em outubro de 2013, a Segunda Turma [julgou](#) ser indevido pedido de aposentadoria por idade, na condição de segurado especial, de trabalhadora que buscava ser enquadrada como trabalhadora rural mesmo não tendo exercido a agricultura como atividade principal, já que, durante a maior parte do período aquisitivo, exerceu a atividade de empregada doméstica (REsp 1.397.264). Mesmo o testemunho do empregador de que a trabalhadora não abandonou a atividade rural enquanto trabalhava como empregada doméstica não foi suficiente para a concessão da aposentadoria. Isso porque, segundo os ministros, a legislação previdenciária sempre negou a qualidade de segurado especial ao membro do grupo familiar que possui outra fonte de renda decorrente do exercício de atividade remunerada[20].

Aposentadoria por tempo de contribuição do professor: o art. 56, parágrafos 1º e 2º do Decreto nº 3.048/99 regulamenta que a aposentadoria por tempo de contribuição do professor que comprove, exclusivamente, tempo de efetivo exercício em função de magistério na educação infantil, no ensino fundamental ou no ensino

médio, será devida ao professor aos trinta anos de contribuição e à professora aos vinte e cinco anos de contribuição; considerando-se função de magistério a exercida por professor, quando exercida em estabelecimento de educação básica em seus diversos níveis e modalidades, incluídas, além do exercício da docência, as funções de direção de unidade escolar e as de coordenação e assessoramento pedagógico.

Tem-se, assim, que o professor na educação infantil e no ensino fundamental e médio, exercendo atividades da carreira do magistério, mesmo que não necessariamente em sala de aula, tem direito à aposentadoria por tempo de contribuição em regime diferenciado^[21]. A propósito, em posição mais recente, o próprio Pretório Excelso, ao tratar de um caso concreto de aposentadoria de professora que exerceu atividade de “orientadora educacional”, deixou claro que “o preceito constitucional regedor da aposentadoria dos professores contenta-se com o efetivo exercício em funções de magistério, não impondo como requisito atividade em sala de aula”^[22].

Ademais, a Lei nº 8.213/91, no art. 56, regulamenta a matéria de forma particularizada (um híbrido de aposentadoria por tempo de contribuição e aposentadoria especial), confirmando que o professor, após 30 (trinta) anos, e a professora, após 25 (vinte e cinco) anos de efetivo exercício em funções de magistério poderão aposentar-se por tempo de serviço, com renda mensal correspondente a 100% (cem por cento) do salário-de-benefício – o que vem autorizando, segundo

ousada e recentíssima jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que se destaca nesse momento, a não incidência do fator previdenciário na espécie.

A especialíssima decisão, de outubro de 2014, traz a seguinte objetiva ementa: “AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA. PROFESSOR. FATOR PREVIDENCIÁRIO. INAPLICABILIDADE. RECURSO IMPROVIDO. 1. Não incide o fator previdenciário no cálculo do salário-de-benefício da aposentadoria do professor. Precedentes. 2. Agravo regimental a que se nega provimento” [\[23\]](#) [\[24\]](#).

Contagem recíproca do tempo de contribuição: período em que o trabalhador laborou como servidor público (regime estatutário) pode ser usado para a aposentadoria no RGPS, desde que tenha tempo puro efetivo de trabalho e contribuição para a previdência própria. Previsão: art. 201, par. 9º CF/88 c/c art. 96 Lei nº 8.213/91. Nesse caso, o segurado deve buscar junto ao órgão de previdência própria, certidão do tempo trabalhado a fim de que averbe o período na Previdência Social. Evidentemente que o inverso também é possível: o trabalhador que tem reconhecido tempo para o INSS e não utilizou tal período para obtenção de aposentadoria no RGPS pode levar o efetivo tempo trabalhado para o RPPS, a partir de competente certidão obtida na Agência da Previdência Social (APS)[\[25\]](#). Indo mais longe, conforme decisão lavrada em abril de 2014, o Superior Tribunal de Justiça vem confirmando entendimento de que o aproveitamento do tempo de serviço relativo ao período de filiação

no Regime Geral de Previdência Social para fins de contagem recíproca no Regime Próprio dos Servidores Públicos não pressupõe necessariamente que o Regime Geral ainda não tenha concedido o benefício ao segurado; nesse caso, pode o segurado obter o direito à renúncia de aposentadoria previdenciária já concedida pelo INSS (com a extinção do benefício no RGPS), sendo então expedida a certidão de tempo de serviço, para fins de contagem recíproca em determinado regime previdenciário próprio[26].

Aposentadoria por Invalidez: Tema bastante discutido pelos órgãos julgadores do STJ refere-se ao termo inicial para conversão do auxílio-doença em aposentadoria por invalidez[27]. Em julgamento de [recurso repetitivo](#), a Primeira Seção firmou o entendimento de que, na falta de requerimento administrativo, a citação deve ser considerada o termo inicial do direito à aposentadoria por invalidez (REsp 1.369.165). Com isso, o Tribunal passou a rejeitar a fixação da Data de Início do Benefício – (DIB) a partir do laudo pericial, porquanto a prova técnica prestar-se-ia unicamente para nortear o convencimento do juízo quanto à pertinência do novo benefício, mas não para atestar o efetivo momento em que a moléstia incapacitante se instalou, explicou o ministro Sérgio Kukina no julgamento do [REsp 1.311.665](#).

Auxílio-acidente: diante de percepção do auxílio-acidente, a tendência natural é a possibilidade de cumulação deste benefício-indenização com a maioria das prestações do RGPS, salvo as aposentadorias. Assim, compreende-se a redação do art. 124,

parágrafo único da Lei nº 8.213/91, ao estabelecer que é vedado o recebimento conjunto do seguro-desemprego com qualquer benefício de prestação continuada da Previdência Social, exceto pensão por morte ou auxílio-acidente^[28]. Nesse sentir, ainda, restou estabelecida a Súmula nº 44 da AGU: “é permitida a cumulação do benefício de auxílio-acidente com benefício da aposentadoria quando a consolidação das lesões decorrentes de acidente de qualquer natureza, que resulte sequelas definitivas, nos termos do art. 86 da Lei nº 8.213/91, tiver ocorrido até 10 de novembro de 1997, inclusive, dia imediatamente anterior à entrada em vigor da Medida Provisória nº 1.596-14, convertida na Lei nº 9.528/97, que passou a vedar tal acumulação”^[29]. Mais recentemente, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a partir do AgRg nos EDcl no REsp 1374795 (Min. Castro Meira, Segunda turma, DJE de 05/08/2013), vem surpreendentemente tornando ainda mais difícil a cumulação do auxílio-acidente com qualquer aposentadoria, ao passo que exige não só que a lesão seja anterior à publicação da aludida legislação *in pejus* ao segurado, como também que a data de concessão da aposentadoria previdenciária seja pretérita àquele marco. Nesse diapasão, a concessão atual do “auxílio-acidente vitalício” só se torna viável em situações absolutamente excepcionais, em que por perícia judicial é reconhecido o início do problema infortunistico na década de 90 e o trabalhador já vem aposentado, por tempo de contribuição, por ex., antes de 10 de novembro de 1997^[30].

VII. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

Tratamos, no presente ensaio, de novas questões envolvendo Processo e Previdência, em um campo ainda incipiente – o *Direito Processual Previdenciário* –, mas de extrema relevância social, a ponto de serem externadas fundamentais questões examinadas, no último período, pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça.

Viu-se que não há uma inclinação absoluta a favor do segurado ou a favor do INSS, tentando as Cortes Supremas um exame minudente do tema jurídico específico (mas com notório efeito prospectivo), para definir o melhor encaminhamento – o qual, muitas vezes, encontra-se em uma via conciliadora, como aquela encontrada para o julgamento do tema “EPI” e a do tema “requerimento administrativo”.

Também se nota que, dada a complexidade dos temas previdenciários, não vem sendo obtidos consensos claros, sendo forjadas teses por maioria. A própria questão “desaposentação”, ponto atual de maior expectativa perante o STF, encontra-se com votação empatada em 2 x 2. A seu turno, a questão “atividade especial” encontra-se em fase de estudos, após reconhecimento de repercussão geral da matéria, sendo aguardados grandes debates no Pleno do Pretório Excelso.

Quanto ao STJ, destacamos interessantes decisões no âmbito das aposentadorias rurais, contagem recíproca do tempo de contribuição e configuração da complexa classe dos segurados especiais; sendo, de outra banda, estabelecida regra especial de não incidência de fator previdenciário para o professor aposentado por

tempo de contribuição, bem como fixados limites mais claros para a concessão de aposentadoria por invalidez, mesmo sem requerimento administrativo expresso, e ainda restrição para cumulação do auxílio-acidente com qualquer aposentadoria do Regime Geral de Previdência Social.

A respeito de questão eminentemente processual, como se pode ver ao ser afastada, pela jurisprudência, a lógica do julgamento *extra petita*, vem se consolidando realmente entendimento de que uma vez judicializado o conflito, deve ser deferido benefício previdenciário mais vantajoso, que restou confirmado pelo caderno probatório, mesmo que sem pedido explícito na petição inicial, o que é uma grande vitória para os segurados.

Enfim, temas difíceis para debate, como se verificou ao longo do presente ensaio, não faltam; isso que não cogitamos das preocupantes Medidas Provisórias 664 e 665, editada pelo executivo no apagar das luzes de 2014, que tendem a sofrer sérias restrições pelas Cortes Supremas, ao passo que ferem direitos previdenciários e trabalhistas históricos, no âmbito constitucional (da alçada do STF) e infraconstitucional (da alçada do STJ) – vinculados à concessão de pensão por morte, auxílio-doença e seguro-desemprego a uma grande massa de beneficiários no Brasil.

Espera-se, de qualquer forma, postura ativa e enérgica das Cortes Supremas no exame das questões previdenciárias, já que além de complexas e numerosas, afetam um número imenso de trabalhadores, que contribuem suficientemente ao sistema e devem ter

suas posições resguardadas, salvo legítimo e fundamentado argumento.

Nesse sentir, destacamos por derradeiro, interessante estudo sobre o “STF entre 2014 e 2015”, o qual aponta que embora as estatísticas indiquem que em 2014 o Tribunal tenha reduzido seu acervo de 67.053 processos para 56.053, com prolação pelos Ministros de mais de 110 mil decisões, tem-se que o Tribunal absteve-se de julgar alguns importantes e urgentes processos que têm em seu acervo, como o tema da desaposentação^[31].

NOTAS:

^[1] RUBIN, Fernando. **A preclusão na dinâmica do processo civil**. São Paulo: Atlas, 2ª ed., 2014; ROSSAL, Francisco, RUBIN, Fernando. **Acidentes de Trabalho**. São Paulo: LTr, 2013, 1ª ed.

^[2] Quando o EPI não elide o ruído expressivo no ambiente de trabalho, cabível o reconhecimento da atividade especial, pagamento de adicional trabalhista de insalubridade e ainda passível que se cogite, com documentos técnicos a respeito, de indenização pelo desencadeamento de doença ocupacional correlata – denominada PAIR, Perda Auditiva Induzida por Ruído. A respeito: RUBIN, Fernando; ROSSAL, Francisco. **Acidentes de Trabalho**. São Paulo: LTr, 2013, 1ª ed., p. 115 e ss.; BARBOSA GARCIA, Gustavo Filipe. **Meio ambiente do trabalho: direito, segurança e medicina do trabalho**. São Paulo: Método, 2014, 4ª ed., p. 38 e ss.; GERALDO DE OLIVEIRA, Sebastião. **Proteção jurídica à saúde do trabalhador**. São Paulo: LTr, 2010, 5ª ed., p. 147 e ss.; BALERA, Wagner; MUSSI, Cristiane Miziara. **Direito Previdenciário**. São Paulo: Método, 2012, 9ª ed., p. 193 e ss.

[3] Sobre o tema, interessante consultar: DUARTE, Marina Vasques. **Direito previdenciário**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011. 7ª ed., p. 275 e ss. Já a respeito da legislação, útil o compêndio: **Segurança e medicina do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 9ª ed., 2012.

[4] Dados em consonância com notícia do próprio sítio do STF: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=281259>. Acesso em 09/02/2015.

[5] KEMMERICH, Clóvis Juarez. **O processo administrativo na Previdência Social – curso e legislação**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 38 e ss.

[6] STF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Luis Roberto Barroso, j. em 03/09/2014.

[7] RUBIN, Fernando. **A preclusão na dinâmica do processo civil**. São Paulo: Atlas, 2ª ed., 2014, p. 158 e ss.

[8] MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Desaposentação**. 6.ed. São Paulo: LTr, 2014. p.70 e ss.

[9] SANCHEZ, Adilson. **Advocacia previdenciária**. São Paulo: Atlas, 2012, 4ª Ed., p. 168.

[10] TRICHES, Alexandre Schumacher; MAUSS, Adriano. **Processo Administrativo Previdenciário**. Caxias do Sul: Plenun, 2014, 1ª ed., p. 98.

[11] 1ª Seção, Min. Rel. Herman Benjamin, unânime, j. em 08/05/2013.

[12] Processos no STF julgando a desaposentação, no momento do fechamento desta 1ª edição, estão suspensos, aguardando pedido de vista apresentado pela ministra Rosa Weber em 29/10/2014 (Informações retiradas do próprio sítio do STF -

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=278554>. Acesso em 09/02/2015).

[13] SANCHEZ, Adilson. **Advocacia previdenciária**. São Paulo: Atlas, 2012, 4ª Ed., p. 207.

[14] VIANNA, João Ernesto Aragonés. **Curso de direito previdenciário**. São Paulo: Atlas, 2010. 3ª ed., p. 522.

[15] Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade nº 5001401-77.2012.404.0000, Rel. Des. Ricardo Teixeira do Valle Pereira, j. em 24/05/2012.

[16] DIREITO PREVIDENCIÁRIO E CONSTITUCIONAL. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 57, PAR. 8º DA LEI Nº 8.213/91. DISCUSSÃO ACERDA DA POSSIBILIDADE DE PERCEPÇÃO DO BENEFÍCIO DA APOSENTADORIA ESPECIAL INDEPENDENTEMENTE DO AFASTAMENTO DO BENEFICIÁRIO DAS ATIVIDADES LABORAIS NOCIVAS À SAÚDE. MATÉRIA PASSÍVEL DE REPETIÇÃO EM INÚMEROS PROCESSOS, COM REPERCUSSÃO NA ESFERA DE INTERESSE DE BENEFICIÁRIOS DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. PRESENÇA DE REPERCUSSÃO GERAL.

[17] Informações dos julgamento de acordo com o próprio sítio do STJ - http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/sala_de_noticias/noticias/ultimas/Teses-importantes-s%C3%A3o-firmadas-pelo-STJ-para-a-evolu%C3%A7%C3%A3o-da-previd%C3%Aancia-social. Acesso em 09/02/2015.

[18] O tema também foi objeto de interessante julgamento pelo TRF4ª Região: Apelação Cível nº 0001733-71.2013.404.9999, TRF4ª Região, Quinta Turma, D.E. 27/09/2013, Rel. Ricardo Teixeira do Valle.

[19] Em outubro de 2014, a Segunda Turma proferiu julgamento semelhante: “PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. CONCESSÃO DE BENEFÍCIO DIVERSO. DECISÃO EXTRA PETITA NÃO CONFIGURADA. APOSENTADORIA POR IDADE. IMPLEMENTAÇÃO DOS REQUISITOS. PRECEDENTES. 1. Em matéria previdenciária, deve-se flexibilizar a análise do pedido contido na petição inicial, não entendendo como julgamento extra ou ultra petita a concessão de benefício diverso do requerido na inicial, desde que o autor preencha os requisitos legais do benefício deferido. Precedentes. 2. O Tribunal a quo reformou a sentença que havia concedido à Autora o benefício de aposentadoria por invalidez. Considerando a perda dessa qualidade e a implementação de outros requisitos, lhe foi deferida a aposentadoria por idade, nos termos da Lei n. 10.666/03, a contar de 24.07.2008. Agravo regimental improvido” (STJ, AgRg no AREsp 574.838, Rel. Min. Humberto Martins, j. em 23/10/2014).

[20] A respeito do segurado especial e seu complexo enquadramento legal, consultar: BERWANGER, Jane Lucia Wilhelm. **Previdência rural – Inclusão social**. Curitiba: Juruá, 2011, 2ª Ed., p . 93 e ss.

[21] A aposentadoria do professor experimenta uma longa, tortuosa e intrigante caminhada normativa, sendo que o conceito restou ampliado a partir da Lei nº 11.301/2006, a qual tratou de relativizar o histórico teor da Súmula nº 726 do STF: “Para efeito de aposentadoria especial de professores, não se computa o tempo de serviço prestado fora da sala de

aula” (MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Comentários às súmulas previdenciárias**. São Paulo: LTr, 2011, p. 339/341).

[22] Trecho retirado do seguinte julgado: Recurso Extraordinário nº 196707/DF, STF, 2ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 9/5/2000.

[23] STJ, 5ª Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, AgRg no REsp 1251165 / RS, j. em 07.10.2014.

[24] Em respeitável sentido contrário: PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA. PROFESSOR. FATOR PREVIDENCIÁRIO. 1. É considerada especial a atividade exercida como professor anteriormente à Emenda Constitucional n. 18, vigente a partir de 09-07-1981, com enquadramento no código 2.1.4, do Decreto n. 53.831/1964. 2. A partir da promulgação da referida Emenda, os critérios para a aposentadoria dos professores passaram a ser fixados pela própria Constituição Federal, que estabeleceu que, em face do exercício das funções de magistério de qualquer nível (educação infantil, ensinos fundamental, médio e universitário), era assegurada a aposentadoria por tempo de serviço com renda mensal de 100% do salário de benefício, ao professor, após trinta anos, e à professora, após vinte e cinco anos, de efetivo exercício de função de magistério. Essa garantia estava originalmente prevista no art. 202, inc. III, da Constituição Federal de 1988. 3. Não tem a parte autora direito à aposentadoria especial, uma vez que não é possível considerar como especial o tempo de magistério exercido posteriormente à Emenda Constitucional n. 18, de 1981, tendo em vista a regra excepcional da redução do tempo de serviço conferida à aposentadoria do professor pela Constituição Federal. 4. Assim, ou a parte autora beneficia-se da aposentadoria por tempo de contribuição de professora com a redução do

tempo de serviço, em face do exercício exclusivo da atividade de magistério por, no mínimo, 25 anos, ou se aposenta por tempo de contribuição sem a benesse constitucional, hipótese em que, embora admitido o reconhecimento, como especial, do tempo de serviço prestado na condição de professora até a data da Emenda Constitucional n. 18, de 1981, com a devida conversão para comum pelo fator 1,2, deve obedecer às regras gerais dispostas para tal benefício nos termos estipulados no art. 201, § 7º, inc. I, da Constituição Federal de 1988. Precedentes do STF. 5. Não sendo a aposentadoria por tempo de serviço do professor considerada como aposentadoria especial, não é possível afastar-se, do benefício que titula a autora, a incidência do fator previdenciário, a teor do art. 29, I, da Lei 8.213/91. Precedentes desta Corte (TRF4ª R., 6ª Turma, Apelação/Reexame Necessário nº 0011788-18.2012.404.9999, Rel. Des. Celso Kipper, j. em 08.10.2014).

[25] Vale, nesse contexto, o registro do contido na Súmula 10 da TNU: “O tempo de serviço rural anterior à vigência da Lei nº 8.213/91 pode ser utilizado para fins de contagem recíproca, assim entendida aquela que soma tempo de atividade privada, rural ou urbana, ao de serviço público estatutário, desde que sejam recolhidas as respectivas contribuições previdenciárias” (MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Comentários às súmulas previdenciárias**. São Paulo: LTr, 2011,p. 122).

[26] “(...) 2. Cinge-se a tese recursal no reconhecimento do direito à renúncia do benefício aposentadoria por tempo de serviço para fins de expedição de certidão de tempo para contagem recíproca junto ao regime próprio da União.3. O recorrente aposentou-se por tempo de serviço, no Regime Geral de Previdência Social, em 19/2/1992, tendo computado 34

anos e 4 meses. Posteriormente, aprovado em concurso público, foi nomeado em 30/12/1993 para o cargo de Auditor Fiscal do Tesouro Nacional, hoje transformado no cargo de Auditor da Receita Federal do Brasil. Recebeu proventos do Regime Geral por 19 (dezenove) anos; está próximo de alcançar a aposentadoria compulsória no Regime Próprio.⁴ A jurisprudência do STJ que se firmou no âmbito da Terceira Seção, ao interpretar a legislação em comento, é no sentido de que a abdicação do benefício não atinge o tempo de contribuição. Estando cancelada a aposentadoria no regime geral, tem a pessoa o direito de ver computado, no serviço público, o respectivo tempo de contribuição na atividade privada. Não se cogita a cumulação de benefícios, mas o fim de uma aposentadoria e o conseqüente início de outra.⁵ O STJ decidiu, em sede de representativo da controvérsia, ser possível renunciar à aposentadoria, objetivando o aproveitamento do tempo de contribuição e posterior concessão de novo benefício, independentemente do regime previdenciário em que se encontra o segurado. Recurso Especial Repetitivo 1.334.488/SC (...)” (STJ, 2ª Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Resp nº 1.401.755 – SP, j. em 22/04/2014).

[27] Ressaltando, no ponto o abalizado entendimento doutrinário no sentido de que “é absolutamente desnecessária a prévia postulação administrativa para ajuizamento de ação que busca a conversão de auxílio-doença em aposentadoria por invalidez; isto porque o INSS, responsável pela manutenção da cobertura previdenciária ao segurado que se encontra incapaz para o trabalho, tinha o dever de proceder à conversão administrativamente; em não o fazendo conquanto o segurado a ela fizesse jus, operou verdadeira lesão a direito” (SAVARIS, José Antônio.

Direito processual previdenciário. Curitiba: Alteridade, 2014, 5ª Ed., p. 564).

[28] VIANNA, João Ernesto Aragonés. **Curso de direito previdenciário.** São Paulo: Atlas, 2013. 6ª ed., p. 486.

[29] MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Comentários às súmulas previdenciárias.** São Paulo: LTr, 2011, p. 40.

[30] A respeito da aposentadoria por invalidez e auxílio-acidente, consultar nossa obra mais específica: RUBIN, Fernando. **Benefícios por incapacidade no RGPS: Questões centrais de direito material e de direito processual.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 35 e ss.

[31] Informações retirada do sítio Jota, artigo assinado por Felipe Recondo e Conrado H. Mendes - <http://www.jota.info/retrospectiva-stf-2014>. Acesso em 09/02/2015.

Conforme a NBR 6023:2000 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico publicado em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma: RUBIN, Fernando. *Processo e Previdência: crescente interesse das cortes supremas em matéria previdenciária.* Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 19 maio 2015. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.53467>>. Acesso em: 23 maio 2015.

DOS DEVERES E PROIBIÇÕES DOS MEMBROS DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

SADI TOLFO JUNIOR: Advogado da União. Especialista em Direito Público e Direito Administrativo. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria/RS. Assistente da Coordenação-Geral de Assuntos Estratégicos da Consultoria Jurídica do Ministério da Integração Nacional.

RESUMO: O presente trabalho tem por finalidade analisar os principais deveres e proibições aplicados aos membros da Advocacia-Geral da União em face da legislação vigente, assim como as implicações decorrentes destes mandamentos.

PALAVRAS CHAVE: Direito Administrativo. Membros da Advocacia-Geral da União. Deveres. Proibições. Constituição Federal. Lei Complementar 73/93.

ABSTRACT: This study aims to analyze the main duties, prohibitions applied to members of the Attorney General's Office, as a result of the legislation, as well as some implications of these rules.

KEYWORD: Administrative Law. Members of the Attorney General of the Union. Duties. Prohibitions. Federal Constitution. Supplementary Law 73/93.

1. INTRODUÇÃO

A nova ordem constitucional, inaugurada com a Constituição Federal de 1988, tratou de dar ao Advogado Público tratamento privilegiado na sua redação, ao dispor, no art. 131, que a Advocacia Pública é Função Essencial à Justiça.

Tal disposição fomentou a edição da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, que instituiu a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União, e deu outras providências, no sentido de regulamentar o artigo 131 da Carta Maior.

Por conta do princípio da supremacia constitucional, no qual a Constituição ocupa o vértice do sistema normativo, devendo as demais normas jurídicas guardar compatibilidade com o seu conteúdo, a Lei Complementar nº

73/93, ao regulamentar o art. 131 da Constituição Federal, reflete, no seu bojo, os valores trazidos pela Carta Maior.

Assim, o princípio da moralidade e o dever de ética no serviço público, exigidos no art. 37, *caput*, e §4º, da Constituição Federal de 1988, serviram como parâmetros para balizar a edição de diversos dispositivos da Lei Complementar nº 73/93.

É nesse contexto que exsurge o rol de deveres e proibições aplicados aos membros da Advocacia-Geral da União, cujo desenvolvimento é proposto no presente trabalho.

Sem a intenção de esgotar o tema, buscar-se-á trazer um panorama geral, principalmente acerca do tratamento que a jurisprudência tem dado sobre o assunto.

2. DOS DEVERES

Cotejando o tema face à Lei Complementar nº 73/93, observa-se que o diploma normativo traz, na seção II, do capítulo IV, o título: “*dos deveres, das proibições e dos impedimentos.*” Para uma melhor didática e compreensão do tema, opta-se, no presente trabalho, por desenvolver cada um dos itens citados na seção II (que guardam pertinência com o assunto desenvolvido) em capítulo próprio. Assim, dentro deste capítulo, analisam-se os deveres do advogado público.

O art. 27, da Lei Complementar 73/93, estabelece que:

Art. 27. Os membros efetivos da Advocacia-Geral da União têm os deveres previstos na Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, sujeitando-se ainda às proibições e impedimentos estabelecidos nesta lei complementar.

Por conta deste dispositivo, observa-se que os deveres impostos ao advogado público são os mesmos previstos na Lei nº 8.112/90^[1]. E não poderia ser diferente. Essa coincidência pode ser explicada por serem os advogados

públicos espécie da categoria servidor público, que abrange todos aqueles que atuam em pessoa jurídica de direito público. Por esta razão, estão os membros da AGU também sujeitos aos deveres impostos pela Lei nº 8.112/90.

Assim, deve o advogado público observar os seguintes deveres ditados pelo art. 116 do Estatuto dos Servidores Públicos:

Art. 116. São deveres do servidor:

I - exercer com zelo e dedicação as atribuições do cargo;

II - ser leal às instituições a que servir;

III - observar as normas legais e regulamentares;

IV - cumprir as ordens superiores, exceto quando manifestamente ilegais;

V - atender com presteza:

a) ao público em geral, prestando as informações requeridas, ressalvadas as protegidas por sigilo;

b) à expedição de certidões requeridas para defesa de direito ou esclarecimento de situações de interesse pessoal;

c) às requisições para a defesa da Fazenda Pública.

VI - levar as irregularidades de que tiver ciência em razão do cargo ao conhecimento da autoridade superior ou, quando houver suspeita de envolvimento desta, ao conhecimento de outra autoridade competente para apuração;

VII - zelar pela economia do material e a conservação do patrimônio público;

VIII - guardar sigilo sobre assunto da repartição;

IX - manter conduta compatível com a moralidade administrativa;

X - ser assíduo e pontual ao serviço;

XI - tratar com urbanidade as pessoas;

XII - representar contra ilegalidade, omissão ou abuso de poder.

Parágrafo único. A representação de que trata o inciso XII será encaminhada pela via hierárquica e apreciada pela autoridade superior àquela contra a qual é formulada, assegurando-se ao representando ampla defesa.

Como já dito na introdução deste trabalho, a Lei Complementar nº 73/93, ao disciplinar o art. 131 da constituição Federal de 1988, traz em seu bojo valores elencados na Carta Maior. No que tange à Lei 8.112/90, o tratamento não foi diferente. Por conta disso, a lei que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias, e das fundações públicas federais, reflete, ao longo de sua redação, valores cunhados pela Carta Constitucional. Assim, da acurada leitura do art. 116 acima colacionado, pode-se extrair das proibições deveres relacionados a princípios e valores trazidos pela Constituição, tais como: eficiência, legalidade, moralidade, hierarquia, e dever de sigilo. Passa-se, então, a analisar cada um deles.

2.1 Dos deveres relacionados ao princípio da eficiência

Pelo princípio da eficiência, na lição de José dos Santos Carvalho Filho^[2], pode-se entender que:

O núcleo do princípio é a procura de produtividade e economicidade e, o que é mais importante, a exigência de reduzir os desperdícios de dinheiro público, o que impõe a execução dos serviços públicos com presteza, perfeição e rendimento funcional.

Trata-se, assim, de um dos mais mezinhos princípios do direito administrativo, elevado como valor constitucional com a reforma administrativa

deflagrada na Emenda nº 19/98, impondo ao administrador o dever de agir com presteza, perfeição e rendimento no trato da coisa pública.

Norteando-se por esse princípio, o art. 116, da Lei nº 8.112/1990, de observância obrigatória ao membro da Advocacia-Geral da União, conforme já mencionado, estabelece que o servidor deve exercer suas atribuições com zelo e dedicação, além de zelar pelo patrimônio público e pela economicidade dos recursos.

Um bom exemplo de aplicação deste princípio, no que se refere à economicidade dos recursos, é o Projeto Esplanada Sustentável (PES), de iniciativa conjunta de quatro Ministérios: Planejamento; Meio Ambiente; Minas e Energia; e Desenvolvimento Social e Combate à Fome. Tal projeto tem por objetivo principal incentivar órgãos e instituições públicas federais a adotarem modelo de gestão organizacional e de processos estruturado na implementação de ações voltadas ao uso racional de recursos naturais, promovendo a sustentabilidade ambiental e socioeconômica na Administração Pública Federal^[3].

Também é dever do advogado público atender com presteza ao público em geral, à expedição de certidões, e às requisições para a defesa da Fazenda Pública.

Ademais, o dispositivo analisado traz ao membro da AGU o dever de assiduidade e pontualidade. Acerca do tema, ressalta-se a Portaria Interministerial AGU/MF/BACEN nº 19, de 2 de junho de 2009, e a Instrução Normativa Conjunta CGAU/PGF nº 02, de 29 de junho de 2009, que normatizam o tema:

PORTARIA INTERMINISTERIAL Nº 19, DE 2 DE JUNHO

DE

2009

Art. 1º Esta Portaria disciplina o registro das atividades funcionais, preparatórias e conexas com as atribuições dos Advogados da União, Procuradores da Fazenda Nacional, Procuradores Federais, Procuradores do Banco Central do

Brasil e dos integrantes do Quadro Suplementar da Advocacia-Geral da União, de que trata o art. 46 da Medida Provisória nº 2.229-43, de 6 de setembro de 2001. Art. 2º Os titulares dos cargos referidos no art. 1º deverão preencher, na forma do Anexo desta Portaria, a folha de registro de atividades, mensalmente distribuída pela chefia imediata.

§ 1º O campo "Registros Adicionais" destina-se a anotações resumidas de atividades não registradas de forma física ou eletrônica pelos órgãos de exercício dos titulares dos cargos referidos no art. 1º, tais como:
I - pesquisa e estudo jurídicos referentes a caso sob exame;
II - comparecimento a órgão judicial ou acompanhamento de audiências judiciais referente a caso de interesse da Administração Federal;
III - comparecimento ou participação em reuniões externas de interesse da Administração Federal;
IV - participações, como ouvinte ou expositor, em conferências, congressos, palestras e congêneres de interesse da Administração Federal.

§ 2º A folha de registro poderá assumir formato eletrônico, assegurada a garantia de autenticidade.

Art. 3º Esta Portaria entrará em vigor no dia 1º de julho de 2009.

INSTRUÇÃO NORMATIVA CONJUNTA Nº 2, DE 29 DE JULHO DE 2009

Art. 1º O preenchimento da folha de registro de atividades, de que trata a Portaria Interministerial AGU/MF/BACEN nº

19, de 2 de junho de 2009, deverá observar o que segue:

I - o campo destinado à assinatura deverá ser preenchido em relação a todos os dias úteis do mês, demonstrando presumidamente a realização de atividades funcionais, independentemente de anotações de registros adicionais;

II - no campo "Registros Adicionais", somente deverão ser anotadas, de forma resumida, as atividades funcionais que não possam ser aferidas por meio de consulta a sistemas informatizados ou a controles físicos existentes no âmbito de cada unidade dos órgãos de direção ou de execução da Advocacia-Geral da União - AGU e da Procuradoria-Geral Federal - PGF;

III - a chefia imediata, após receber as folhas devidamente assinadas, aporá visto e encaminhará ao setor competente pelo seu arquivamento, que promoverá os devidos registros no sistema de controle das ocorrências funcionais.

§ 1º As ocorrências de férias, licenças e demais afastamentos serão registradas no campo "Assinatura", utilizando-se os códigos pertinentes.

§ 2º Incluem-se entre as atividades que não deverão ser anotadas no campo "Registros Adicionais", nos termos do inciso II do caput deste artigo, os pareceres, manifestações consultivas diversas, petições apresentadas em processos judiciais, notas, despachos, informações e manifestações administrativas diversas, desde que arquivadas mediante cópias eletrônicas ou físicas no âmbito dos órgãos de direção ou de execução da AGU e da PGF.

Art. 2º A folha de registro de atividades será

disponibilizada, para impressão ou preenchimento eletrônico, na rede informatizada da AGU.

Parágrafo único. O preenchimento da folha de registro de atividades dispensa o registro de ponto.

Art. 3º Quando houver necessidade, os titulares dos órgãos de direção ou de execução da AGU e da PGF poderão determinar a demonstração ou detalhamento da forma de cumprimento da exigência legal das 40 (quarenta) horas de trabalho semanal.

Art. 4º Compete aos titulares dos órgãos de direção ou de execução da AGU e da PGF definir a forma de funcionamento de suas respectivas unidades, estabelecendo inclusive como se darão a distribuição e o desempenho das atividades inerentes ao órgão, especialmente daquelas que exijam ou recomendem a presença de seus membros na repartição.

Art. 5º Esta Instrução Normativa entra em vigor na data de sua publicação.

Importante também mencionar a possibilidade dada ao advogado público de exercer o magistério. Isso vem disciplinado na Portaria Interministerial AGU/MF/BACEN nº 20, de 2 de junho de 2009, nos seguintes termos:

*PORTARIA INTERMINISTERIAL Nº 20, DE 2 DE JUNHO
DE 2009*

Art. 1º Esta Portaria dispõe sobre o exercício da atividade de magistério por Advogados da União, Procuradores da Fazenda Nacional, Procuradores Federais, Procuradores do Banco Central do Brasil e por integrantes do Quadro Suplementar da Advocacia-Geral da União, de que trata o

art. 46 da Medida Provisória nº 2.229-43, de 6 de setembro de 2001.

Art. 2º Os titulares dos cargos de que trata o art. 1º, deverão apresentar à chefia imediata o Planejamento Individual de Atividades de Magistério, na forma do Anexo I.

§ 1º O Planejamento Anual deve ser apresentado até o dia 15 de fevereiro de cada ano e o semestral até 15 de fevereiro ou agosto, conforme se refira ao primeiro ou ao segundo semestre.

§ 2º Caso surja a pretensão de exercício do magistério após as datas previstas no § 1º, o documento correspondente deverá ser imediatamente submetido à chefia imediata, assim como eventuais modificações do planejamento já apresentado.

Art. 3º O Planejamento Individual de Atividades de Magistério será avaliado quanto à compatibilidade com o exercício das atribuições do cargo e com a jornada de trabalho semanal de quarenta horas a que estão sujeitos os titulares dos cargos referidos no art. 1º.

§1º A incompatibilidade do Planejamento Individual de Atividades de Magistério com as atribuições do cargo deverá ser declarada, motivadamente, pela chefia imediata, cientificando-se imediatamente o servidor interessado.

§ 2º No prazo de dez dias da comunicação referida no § 1º, o servidor poderá interpor recurso hierárquico, sem efeito suspensivo.

Art. 4º Caracteriza incompatibilidade com as atribuições do cargo público, independentemente de qualquer avaliação pela chefia imediata, o Planejamento Individual de Atividades de Magistério que contiver previsão de carga horária superior a vinte horas semanais de magistério, efetivamente prestadas em sala de aula, de segunda à sexta-feira.

Art. 5º Não serão incluídas no Planejamento Individual de Atividades de Magistério as atividades devidamente autorizadas pela chefia imediata relacionadas com a realização de curso ou treinamento promovido por órgão da Advocacia-Geral da União, notadamente, a Escola Superior da Advocacia-Geral da União, ou no âmbito da capacitação de servidores públicos.

Art. 6º Compete à chefia imediata consolidar, semestralmente, os planejamentos apresentados. Parágrafo único. A consolidação dos Planejamentos Individuais de Atividades de Magistério deverá ser encaminhada, até os dias 1º de março e 1º de setembro de cada ano, ao Corregedor-Geral da Advocacia da União, ao Procurador-Geral Federal, ao Procurador-Geral da Fazenda Nacional ou ao Procurador-Geral do Banco Central do Brasil, conforme o caso, na forma do Anexo II.

Art. 7º Esta Portaria aplica-se inclusive às atividades docentes desempenhadas ou previstas em cursos preparatórios para ingresso em carreiras públicas e em cursos de pós-graduação.

Art. 8o Esta Portaria entrará em vigor em 1º de julho de 2009.

2.2 Dos deveres relacionados ao princípio da legalidade

Outro princípio constitucional refletido nos deveres imposto pelo art. 116 é o da legalidade. No ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Mello^[4]:

“(...) o princípio da legalidade é o da completa submissão da Administração às leis. Esta deve tão-somente obedecê-las, cumpri-las, pô-las em prática. Daí que a atividade de todos os seus agentes, desde o que ocupa a cúspide, isto é, o Presidente da República, até o mais modesto dos servidores, só pode ser a de dóceis, reverentes, obsequiosos cumpridores das disposições gerais fixadas pelo Poder Legislativo, pois esta é a posição que lhes compete no Direito brasileiro.

Michel Stassinopoulos, em fórmula sintética e feliz, esclarece que, além de não poder atuar contra legem ou praeter legem, a Administração só pode agir secundum legem.

(...)

Nos termos do art. 5º, II, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Aí não se diz “em virtude de” decreto, regulamento, resolução, portaria ou quejandos. Diz-se “em virtude de lei”. Logo, a Administração não poderá proibir ou impor comportamento algum a terceiro, salvo se estiver previamente embasada em determinada lei que lhe faculte proibir ou impor algo a quem quer que seja. Vale dizer, não lhe é possível expedir regulamento, instrução,

resolução, portaria ou seja lá que ato for para coartar a liberdade dos administrados, salvo se em lei já existir delineada a contenção ou imposição que o ato administrativo venha a minudenciar.”

É seguindo esse princípio que ao membro da AGU são elencados os deveres de observar as normas legais e regulamentares; levar ao conhecimento da autoridade superior qualquer irregularidade de que tiver conhecimento em função do cargo; e representar contra ilegalidades.

2.3 Dos deveres relacionados ao princípio da moralidade

O art. 116 da Lei nº 8.112/90 também reflete, dentre os deveres que impõe, o princípio da moralidade.

Celso Antônio Bandeira de Mello^[5], ao discorrer acerca do princípio da moralidade, esclarecer que:

“De acordo com ele, a Administração e seus agentes têm de atuar na conformidade de princípios éticos. Violá-los implicará violação ao próprio Direito, configurando ilicitude que assujeita a conduta viciada a invalidação, porquanto tal princípio assumiu foros de pauta jurídica, na conformidade do art. 37 da Constituição. Compreendem-se em seu âmbito, como é evidente, os chamados princípios da lealdade e boa-fé, tão oportunamente esclarecidos pelo mestre espanhol Jesús Gonzáles Perez em monografia preciosa.

Segundo os cânones da lealdade e da boa-fé, a Administração haverá de proceder em relação aos administrados com sinceridade e lhaneza, sendo-lhe interdito qualquer comportamento astucioso, eivado de

malícia, produzido de maneira a confundir, dificultar ou minimizar o exercício de direitos por parte dos cidadãos.

Por força mesmo deste princípio da lealdade e boa-fé, firmou-se o correto entendimento de que orientações firmadas pela Administração em dada matéria não podem, sem prévia e pública notícia, ser modificadas em casos concretos para fins de sancionar, agravar a situação dos administrados ou denegar-lhes pretensões, de tal sorte que só se aplicam aos casos ocorridos depois de tal notícia.

Acresça-se, nos termos do art. 85, V, da Constituição, atentar contra a “probidade na administração” é hipótese prevista como crime de responsabilidade pelo Presidente da República, fato que enseja sua destituição do cargo. De resto, os atos de improbidade administrativa dos servidores públicos “imporão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível (art. 37, §4º).

Além disto, o princípio da moralidade administrativa acha-se, ainda, eficientemente protegido no art. 5º, LXXIII, que prevê o cabimento de ação popular para anulação de ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente ...” etc.

Assim, por manifestação deste princípio, cabe ao advogado público ser leal à instituição; ter urbanidade no trato com as pessoas; e manter conduta compatível com a moralidade administrativa.

Aqui é importante entender que a moralidade administrativa não se confunde com a moral comum. Hely Lopes de Meirelles, sintetizando as lições de Maurice Hauriou, assim se manifesta^[6]:

“A moralidade administrativa constitui hoje em dia, pressuposto da validade de todo ato da Administração Pública (Const. Rep., art. 37, caput). Não se trata – diz Hauriou, o sistematizador de tal conceito – da moral comum, mas sim de uma moral jurídica, entendida como “o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração”. Desenvolvendo a sua doutrina, explica o mesmo autor que o agente administrativo, como ser humano dotado da capacidade de atuar, deve, necessariamente, distinguir o Bem do Mal, o honesto do desonesto. E, ao atuar, não poderá desprezar o elemento ético de sua conduta. Assim, não terá que decidir somente entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, mas também entre o honesto e o desonesto. Por considerações de direito e de moral, o ato administrativo não terá que obedecer somente à lei jurídica, mas também à lei ética da própria instituição, porque nem tudo que é legal é honesto, conforme já proclamavam os romanos – non omne quod licet honestum est. A moral comum, remata Hauriou, é imposta ao homem para sua conduta externa; a moral administrativa é imposta ao agente público para a sua conduta interna, segundo as exigências da instituição a que serve, e a finalidade de sua ação: o bem comum. (...)

O certo é que a moralidade do ato administrativo, juntamente com a sua legalidade e finalidade, constituem pressupostos de validade, sem os quais toda atividade pública será ilegítima.”

2.4 Dos deveres relacionados à hierarquia

O art. 116, da Lei 8.112/90, também expressa o valor hierarquia.

O professor Celso Antônio Bandeira de Mello^[7], assim classifica a hierarquia:

Hierarquia pode ser definida como o vínculo de autoridade que une órgãos e agentes, através de escalões sucessivos, numa relação de autoridade, de superior a inferior, de hierarca a subalterno. Os poderes do hierarca conferem-lhe uma contínua e permanente autoridade sobre toda a atividade administrativa dos subordinados.

Como se sabe, a administração pública está organizada num sistema hierarquizado de órgãos e agentes. Diante disso, impõe-se ao advogado público o dever de cumprir as ordens superiores, exceto as manifestamente ilegais.

2.5 Dos deveres relacionados ao valor sigilo

Por fim, têm-se os deveres do advogado público relacionados ao valor sigilo.

A regra no direito administrativo é que os atos praticados pela administração sejam públicos, em obediência ao princípio da publicidade, assim desenvolvida por José Afonso da Silva^[8]:

A publicidade sempre foi tida como um princípio administrativo, porque se entende que o Poder Público, por ser público, deve agir com a maior transparência possível, a fim de que os administrados tenham, a toda hora, conhecimento do que os administradores estão fazendo.

Especialmente exige-se que se publiquem atos que devem surtir efeitos externos, fora dos órgãos da Administração.

Esse dever de publicidade para administração pública, inclusive, vem inserto no art. 5º, XXIII, da Constituição Federal. Por outro lado, da leitura do dispositivo, observa-se que são ressalvados os casos em que a publicidade pode ser restringida:

Art. 5º. XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

Assim, naqueles casos em que o sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, ele deve ser observado pelos integrantes da Administração. Aliás, por este motivo, a própria Constituição dispõe no art. 37, §7º, que:

Art. 37. § 7º A lei disporá sobre os requisitos e as restrições ao ocupante de cargo ou emprego da administração direta e indireta que possibilite o acesso a informações privilegiadas.

Diante do exposto, e seguindo o valor sigilo, nos termos do que dispõe o art. 116 da Lei nº 8.112/90, é dever do membro da Advocacia-Geral da União guardar sigilo sobre assunto da repartição.

3. DAS PROIBIÇÕES

Acerca das proibições, entende-se que por pertencer o membro da AGU à categoria de servidor público, está, portanto, sujeito aos ditames da Lei nº 8.112/90, e por consequência, às proibições elencadas no art. 117, as quais são abaixo colacionadas:

Art. 117. Ao servidor é proibido:

I - ausentar-se do serviço durante o expediente, sem prévia autorização do chefe imediato;

II - retirar, sem prévia anuência da autoridade competente, qualquer documento ou objeto da repartição;

III - recusar fé a documentos públicos;

IV - opor resistência injustificada ao andamento de documento e processo ou execução de serviço;

V - promover manifestação de apreço ou desapreço no recinto da repartição;

VI - cometer a pessoa estranha à repartição, fora dos casos previstos em lei, o desempenho de atribuição que seja de sua responsabilidade ou de seu subordinado;

VII - coagir ou aliciar subordinados no sentido de filiarem-se a associação profissional ou sindical, ou a partido político;

VIII - manter sob sua chefia imediata, em cargo ou função de confiança, cônjuge, companheiro ou parente até o segundo grau civil;

IX - valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública;

X - participar de gerência ou administração de sociedade privada, personificada ou não personificada, exercer o comércio, exceto na qualidade de acionista, cotista ou comanditário;

XI - atuar, como procurador ou intermediário, junto a repartições públicas, salvo quando se tratar de benefícios previdenciários ou assistenciais de parentes até o segundo grau, e de cônjuge ou companheiro;

XII - receber propina, comissão, presente ou vantagem de qualquer espécie, em razão de suas atribuições;

XIII - aceitar comissão, emprego ou pensão de estado estrangeiro;

XIV - praticar usura sob qualquer de suas formas;

XV - proceder de forma desidiosa;

XVI - utilizar pessoal ou recursos materiais da repartição em serviços ou atividades particulares;

XVII - cometer a outro servidor atribuições estranhas ao cargo que ocupa, exceto em situações de emergência e transitórias;

XVIII - exercer quaisquer atividades que sejam incompatíveis com o exercício do cargo ou função e com o horário de trabalho;

XIX - recusar-se a atualizar seus dados cadastrais quando solicitado.

Parágrafo único. A vedação de que trata o inciso X do caput deste artigo não se aplica nos seguintes casos:

I - participação nos conselhos de administração e fiscal de empresas ou entidades em que a União detenha, direta ou indiretamente, participação no capital social ou em sociedade cooperativa constituída para prestar serviços a seus membros; e

II - gozo de licença para o trato de interesses particulares, na forma do art. 91 desta Lei, observada a legislação sobre conflito de interesses.

De acordo com o manual de Processo Administrativo Disciplinar da Controladoria Geral da União^[9], o art. 117 da Lei nº 8.112/90 prevê uma série de condutas que são vedadas aos servidores públicos. Parte delas constituem as

chamadas infrações leves, sujeitas às penalidades de advertência ou suspensão (incisos I a VIII e XIX), conforme autoriza o art. 129. Os incisos IX a XVI, por sua vez, são infrações sujeitas à pena de demissão (graves ou gravíssimas), e, por fim, os incisos XVII e XVIII são apenados com suspensão (leves).

Entretanto, tal rol não é taxativo. Como já se disse, o advogado público, pertencente aos quadros da AGU, teve tratamento específico na Constituição Federal, que o elencou no art. 131 como função essencial à justiça. Nesse contexto, a Lei Complementar nº 73/1993 (Lei Orgânica da AGU) traz proibições específicas a serem aplicadas a essa categoria. Por conta disso, no presente trabalho, as proibições contidas nessa lei orgânica serão objeto de maior atenção.

O art. 28 da Lei Complementar estabelece que:

Art. 28. Além das proibições decorrentes do exercício de cargo público, aos membros efetivos da Advocacia-Geral da União é vedado:

I - exercer advocacia fora das atribuições institucionais;

II - contrariar súmula, parecer normativo ou orientação técnica adotada pelo Advogado-Geral da União;

III - manifestar-se, por qualquer meio de divulgação, sobre assunto pertinente às suas funções, salvo ordem, ou autorização expressa do Advogado-Geral da União.

Passa-se a analisar, então, cada uma destas proibições e suas especificidades.

3.1 Da proibição do exercício da advocacia

A proibição do exercício da advocacia fora das atribuições institucionais também está prevista no art. 28, III, da Lei nº 8.906/94 (Estatuto da OAB):

Art. 28. A advocacia é incompatível, mesmo em causa própria, com as seguintes atividades:

III - ocupantes de cargos ou funções de direção em Órgãos da Administração Pública direta ou indireta, em suas fundações e em suas empresas controladas ou concessionárias de serviço público;

Assim, uma vez observada a prática irregular de exercício da advocacia fora das atribuições institucionais, é imperativa a instauração de processo administrativo disciplinar em face do advogado público que cometer essa irregularidade, tal como entendido na Nota N. AGU/VW-22/2002, de 23 de julho de 2002, aprovado pelo Advogado Geral da União em 26 de julho de 2002.

Ressalta, entretanto, a Nota DECOR/CGU/AGU nº 78/2008-NMS, de 26 de maio de 2008, que a proibição de exercer a advocacia fora das atribuições institucionais deve ser analisada caso a caso, em razão da peculiaridade de suas situações.

É de se pontuar que o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais pelo advogado público possui duas exceções na legislação. São elas: a advocacia em causa própria, e a advocacia *pro bono*.

Tais exceções são disciplinadas na Portaria AGU nº 758, de 9 de junho de 2009, e na IN Conjunta CGAU/PGF nº 1, de 29 de julho de 2009, que estabelecem o que segue:

PORTARIA Nº 758, DE 9 DE JUNHO DE 2009
Art. 1º O exercício da advocacia pro bono por ocupantes de cargos efetivos de Advogado da União, Procurador da Fazenda Nacional, Procurador Federal, Procurador do

Banco Central ou integrante dos quadros suplementares de que trata o art. 46 da Medida Provisória nº 2.229-43, de 2001, dar-se-á nos termos desta Portaria.

Art. 2º Considera-se pro bono, para os fins desta Portaria, o exercício da advocacia de forma voluntária, eventual e sem qualquer remuneração ou vantagem.

Art. 3º O exercício da advocacia pro bono poderá ocorrer nas hipóteses de:

I - prestação de consultoria e assessoramento jurídico a pessoas jurídicas sem fins lucrativos integrantes do terceiro setor, comprovadamente desprovidas de recursos financeiros; e

II - representação judicial de necessitados por força de convênio ou outro instrumento firmado pela AGU ou pelas entidades representativas das carreiras jurídicas da AGU ou de seus órgãos vinculados.

§ 1º Considera-se necessitado, nos termos do parágrafo único do art. 2º da Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família.

§ 2º A consultoria e o assessoramento jurídico previstos no inciso I não poderão:

I - contrariar os interesses diretos ou indiretos da União, suas autarquias, fundações, empresas públicas ou sociedades de economia mista; e

II - ocorrer durante o período de funcionamento dos órgãos da AGU ou de seus órgãos vinculados.

Art. 4º O exercício da advocacia pro bono deverá ser previamente comunicado à respectiva chefia imediata. Parágrafo único. O advogado deverá encaminhar relatório trimestral de suas atividades à chefia imediata.

Art. 5º Aplicam-se à advocacia pro bono as vedações da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, o Código de Ética e Disciplina e as Resoluções da Ordem dos Advogados do Brasil.

INSTRUÇÃO NORMATIVA CONJUNTA Nº 1, DE 29 DE JULHO DE 2009

Art. 1º O exercício da advocacia pro bono observará as seguintes definições:

I - somente poderá ser efetivado nas duas hipóteses previstas no art. 3º da Portaria AGU nº 758, de 9 de junho de 2009;

II - é incompatível com a ocupação de cargos ou funções de direção por advogado público federal (art. 28, inciso III, da Lei nº 8.906, de 1994);

III - não poderá ser efetivado em face de interesse da União, suas autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista (art. 30, inciso I, da Lei nº 8.906, de 1994).

§ 1º As restrições previstas nos incisos II e III também se aplicam ao exercício de advocacia em causa própria por advogado público federal.

§ 2º Não se caracteriza como exercício de advocacia em causa própria a atuação em juízo na hipótese de dispensa legal de advogado.

Art. 2º Esta Instrução Normativa entra em vigor na data de sua publicação.

Como se percebe da leitura dos atos normativos acima colacionados, eles tratam com maior detalhamento acerca do exercício da advocacia *pro bono*. Nada obstante, da leitura dos dispositivos, entende-se que a advocacia em causa própria pelo membro da AGU é autorizada, desde que seu exercício não seja incompatível com o cargo ou função de direção desempenhada, e não seja exercida contra interesse da União, suas autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista.

Nesses casos, deve o advogado que queira exercer o direito constitucional de petição, constituir patrono nos autos para atuar em sua defesa. De outro norte, em casos em que não existir as incompatibilidades acima mencionadas, está o advogado público autorizado a litigar em seu próprio nome.

3.2 Da proibição de contrariar súmula, parecer normativo ou orientação técnica adotada pelo Advogado-Geral da União

Com relação ao inciso II do art. 28, que proíbe o membro da AGU de contrariar súmula, parecer normativo ou orientação técnica adotada pelo Advogado-Geral da União, ressalta-se que o art. 1º, §1º, do Ato Regimental AGU nº 08, de 27 de dezembro de 2002, estabelece que:

Art. 1º Os Membros efetivos da Advocacia-Geral da União - AGU, integrantes das Carreiras de Advogado da União e de Procurador da Fazenda Nacional, e os Membros da Carreira de Procurador Federal, observadas as concernentes disposições constitucionais, e aquelas da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, da Lei nº 10.480, de 2 de julho de 2002, e demais disposições pertinentes, exercerão a representação judicial e extrajudicial da União, de suas autarquias e fundações e as

respectivas atividades de consultoria e assessoramento jurídicos, de competência da Advocacia-Geral da União e da Procuradoria-Geral Federal, nos termos e forma deste Ato *Regimental.*

§ 1º No desempenho das atribuições de seus cargos, os Membros efetivos da Advocacia-Geral da União e da Procuradoria-Geral Federal observarão especialmente:

I - a Constituição Federal, as leis e os atos normativos emanados dos Poderes e autoridades competentes;

II - o interesse público, neste considerado o da sociedade, o da União e de cada um dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário;

II - as Políticas Públicas fixadas pelo Governo Federal;

III - os princípios éticos e morais inerentes aos agentes públicos;

IV - as orientações dos seus superiores hierárquicos.

Assim, cumpre ao advogado público, por expressa disposição normativa, observar, no desempenho de suas atribuições, as orientações de seus superiores hierárquicos.

Aliás, tem entendido a jurisprudência pela possibilidade de instauração de processo administrativo disciplinar naqueles casos em que houver manifestação jurídica de membros da AGU, de forma sistemática, contrárias aos pareceres aprovados pelo Presidente.

*DIREITO ADMINISTRATIVO. MANDADO DE
SEGURANÇA. PROCESSO DISCIPLINAR.*

*INSTAURAÇÃO CONTRA MEMBRO DA
ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO – AGU.*

*COMPETÊNCIA DA CORREGEDORIA-GERAL DA
AGU. INDÍCIOS DE MANIFESTAÇÕES*

*CONTRÁRIAS A PARECERES VINCULATIVOS.
JUSTA CAUSA. CONFIGURAÇÃO.*

SEGURANÇA DENEGADA.

1. A correição efetuada pela Corregedoria-Geral da Advocacia da União pode e deve adentrar na formação do mérito jurídico em pareceres emitidos por membros da Advocacia-Geral da União – AGU, para concluir pela existência de indícios de inobservância das leis e de orientações consolidadas no âmbito da Administração Pública.

2. O aprofundamento das questões de fato e de direito discutidas nos processos administrativos em que emitidos os pareceres jurídicos questionados deve se dar no curso do processo disciplinar. O que se requer da correição é a simples evidência de indícios, hábeis a fundamentar uma investigação mais aprofundada. Não se coaduna com essa fase preliminar o exaurimento da matéria debatida.

3. Constitui justa causa, ou motivo determinante, hábil a ensejar a abertura de processo administrativo disciplinar, a existência de indícios de manifestações jurídicas de membro da Advocacia-Geral da União que se apresentem, de forma sistemática, contrárias a pareceres normativos da AGU, aprovados pelo Presidente da República.

4. Segurança denegada.

(MS 13861/DF, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 22/03/2010)

Nesse ponto, é importante observar que somente são vinculantes aos membros da AGU aquelas súmulas e pareceres que tenham sido ratificados pelo Presidente da República. Nesse sentido, deve-se observar o título V da LC 73/93:

TÍTULO V

Dos Pareceres e da Súmula da Advocacia-Geral da União

Art. 39. É privativo do Presidente da República submeter assuntos ao exame do Advogado-Geral da União, inclusive para seu parecer.

Art. 40. Os pareceres do Advogado-Geral da União são por este submetidos à aprovação do Presidente da República.

§ 1º O parecer aprovado e publicado juntamente com o despacho presidencial vincula a Administração Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento.

§ 2º O parecer aprovado, mas não publicado, obriga apenas as repartições interessadas, a partir do momento em que dele tenham ciência.

Art. 41. Consideram-se, igualmente, pareceres do Advogado-Geral da União, para os efeitos do artigo anterior, aqueles que, emitidos pela Consultoria-Geral da União, sejam por ele aprovados e submetidos ao Presidente da República.

Art. 42. Os pareceres das Consultorias Jurídicas, aprovados pelo Ministro de Estado, pelo Secretário-Geral e pelos titulares das demais Secretarias da Presidência da República ou pelo Chefe do Estado-Maior das Forças

Armadas, obrigam, também, os respectivos órgãos autônomos e entidades vinculadas.

Art. 43. A Súmula da Advocacia-Geral da União tem caráter obrigatório quanto a todos os órgãos jurídicos enumerados nos arts. 2º e 17 desta lei complementar.

§ 1º O enunciado da Súmula editado pelo Advogado-Geral da União há de ser publicado no Diário Oficial da União, por três dias consecutivos.

§ 2º No início de cada ano, os enunciados existentes devem ser consolidados e publicados no Diário Oficial da União.

Art. 44. Os pareceres aprovados do Advogado-Geral da União inserem-se em coletânea denominada "Pareceres da Advocacia-Geral da União", a ser editada pela Imprensa Nacional.

3.3 Da proibição de manifestar-se, por qualquer meio de divulgação, sobre assunto pertinente às suas funções, salvo ordem ou autorização expressa do Advogado-Geral da União

Por fim, o art. 28 traz no inciso III, a proibição do advogado público de manifestar-se, por qualquer meio de divulgação, sobre assunto pertinente às suas funções, salvo ordem ou autorização expressa do Advogado-Geral da União.

Em face deste dispositivo foi ajuizada no Supremo Tribunal Federal a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.652, pela Associação Brasileira de Imprensa (ABI) e pela União dos Advogados Públicos Federal do Brasil (Unafe).

Sustentam os autores que a vedação afronta a liberdade de expressão, a liberdade de imprensa, e os princípios administrativos da publicidade e da moralidade (artigos 5º, inciso IV e IX; 37, *caput*; e 220, parágrafo 2º, da Constituição da República).

Atualmente a ação encontra-se conclusa ao relator, contendo parecer da Procuradoria Geral da República pela constitucionalidade do dispositivo, tendo em vista, em síntese, que é certo na doutrina que os direitos fundamentais e os princípios constitucionais não são absolutos, admitindo restrições e limitações de estatura constitucional e legal, mesmo em uma república democrática.

Aliás, a peça do *parquet* ressalta também que a legislação ordinária estabelece outras restrições à liberdade de manifestação e à publicidade, notadamente em relação aos servidores públicos, sendo que a mesma vedação funcional analisada na ação existe no regime jurídico de outras carreiras públicas.

4. CONCLUSÃO

Como visto, a nova ordem constitucional inaugurada com a Carta de 1988 prevê tratamento privilegiado aos membros da Advocacia-Geral da União, ao classificá-los, no art. 131, como Função Essencial à Justiça.

À importância dessa atribuição deve corresponder um rol de deveres e proibições de ordem normativa, que além de assegurar a aplicação de princípios constitucionais, de observância obrigatória a todos aqueles que compõem os quadros da administração pública, constituem também segurança aos administrados, para que as funções desempenhadas pelos membros da Advocacia-Geral da União se dê de forma proba e eficiente.

Por conta disso, aos membros da AGU aplicam-se os deveres e proibições elencados nos artigos 116 e 117 da Lei nº 8.112/1990, que dispõe acerca do regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Associado a estes dispositivos, também se aplicam os deveres e proibições elencados nos artigos 27 e 28 da Lei Complementar nº 73/1993, que instituiu a Lei Orgânica da Advocacia Geral da União.

REFERÊNCIAS

MIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 30. Ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MACEDO, Rommel. *Advocacia-Geral da União na Constituição de 1988*. São Paulo: LTr, 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 17 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SANTOS, Mauro Sérgio dos. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 15 abril 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MAZZA, Alexandre. *Manual de Direito Administrativo*. 2ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 21ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

ALEXANDRINO, ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito administrativo*. 5.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

COLODETTI, Bruno. MADUREIRA, Cláudio Penedo. *Advocacia Geral da União – LC 73/1993 e Lei nº 10.480/2002*. 3ª ed. Salvador: Juspodium, 2011.

DE CAVALCANTE FILHO, João Trindade. *Servidor Público – Lei 8.112/1990*. 3ª ed. Salvador: Juspodium, 2011.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 5.ed. São Paulo: Atlas, 1999.

ESCOLA DA AGU. *Curso de Formação de Advogados da União [Apostila do curso de formação de Advogados da União]*. Brasília, 2013. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/escola>.

BRASIL. Senado Federal. Lei nº 8.112. Brasília: 1990.

BRASIL. Senado Federal. Lei Complementar nº 73. Brasília: 1993.

Manual de Processo Administrativo Disciplinar, da Controladoria Geral da União, disponível em: <http://www.cgu.gov.br/publicacoes/GuiaPAD/>

NOTAS:

[1] Trata-se da Lei que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.

[2] CARVALHO FILHO, José dos Santos, *Manual de Direito Administrativo*, 17ª ed, São Paulo, pgs 23/24.

[3] Disponível em <http://www.orcamentofederal.gov.br/projeto-esplanada-sustentavel>.

[4] DE MELLO, Celso Antônio Bandeira, *Curso de Direito Administrativo*, 21ª ed., São Paulo, 2006, ed. Malheiros, pgs 116.

[5] DE MELLO, Celso Antônio Bandeira, *Curso de Direito Administrativo*, 21ª ed., São Paulo, 2006, ed. Malheiros, pgs 119.

[6] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 15 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 79-80

[7] DE MELLO, Celso Antônio Bandeira, *Curso de Direito Administrativo*, 21ª ed., São Paulo, 2006, ed. Malheiros, pgs 146.

[8] DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 26ª ed., São Paulo, 2006, ed. Malheiros, pg 669

[9] Disponível em <http://www.cgu.gov.br/publicacoes/GuiaPAD/>

Conforme a NBR 6023:2000 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico publicado em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma: TOLFO JUNIOR, Sadi. *Dos deveres e proibições dos membros da Advocacia-Geral da União*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 19 maio 2015. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.53466>>. Acesso em: 23 maio 2015.

A (IN)COMPATIBILIDADE DAS EXCEÇÕES À COISA JULGADA, PREVISTAS NO TRATADO DE ROMA DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL, DIANTE DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

ROSEMARY GONÇALVES MARTINS: Advogada. Graduada em Direito pela Universidade Nove de Julho - UNINOVE (Turma 01/2009 - 02/2013).

RESUMO: O presente artigo objetiva promover um enfoque do Estatuto de Roma, que instituiu o TPI, de modo a destacar o eventual conflito (antinomia) apontado pela doutrina do dispositivo desse Estatuto que prevê eventual desrespeito à coisa julgada nacional. Para a plena compreensão da gênese e princípios do TPI imperioso se faz um retorno aos seus precedentes jurídicos, através do estudo da evolução dos Tribunais Penais Internacionais até a instituição e funcionamento efetivo da Corte Penal Internacional (CPI) – *International Criminal Court (ICC)*. Segue-se uma análise de suas principais características, competência e crimes tipificados pelo Estatuto (genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e agressão). Ato contínuo, será apresentada a já mencionada incompatibilidade em relação ao texto do Estatuto e a Lei Maior. Serão elas: reais ou aparentes? Por fim, conclui-se que a inconstitucionalidade intrínseca advinda da incorporação do Tratado de Roma ao ordenamento jurídico brasileiro, no tocante à ordem de entrega de brasileiro nato à jurisdição do TPI, é apenas aparente. Logo, pretende-se demonstrar que a alegada incompatibilidade, mesmo naqueles aspectos que versem sobre

cláusulas pétreas, inexistente, porquanto o texto expresso no Estatuto de Roma do TPI é complementar e se coaduna com o ordenamento constitucional brasileiro.

Palavras-chave: Tribunal Penal Internacional. Estatuto de Roma. Direito Penal Internacional. Coisa Julgada. Constituição Federal.

INTRODUÇÃO

O estudo do TPI trilha o mesmo caminho da História da humanidade, estando intrinsecamente aliado às incontáveis violações de direitos humanos por ela sofridos ao longo dessa caminhada.

Com a eclosão da Segunda Guerra Mundial e, sobretudo, por ocasião do seu término, a comunidade internacional saltou etapas e, invertendo a lógica da destruição, começou a repensar a noção de soberania nacional absoluta de outrora para construir um arraigado conceito de soberania, assentado no princípio da dignidade humana, com vistas à reconstrução. Assim, diante desses prenúncios, planta-se a semente para que o ser humano adquira o direito a ter direitos, tornando-se sujeito de direitos e deveres no plano internacional. A partir desse momento haveria o estabelecimento da responsabilidade internacional pessoal.

A princípio a aplicação da responsabilidade penal individual encontrou um óbice na inexistência de órgãos internacionais que aplicassem as normas de Direito Penal em âmbito internacional. A partir daí, a idéia da instituição de uma jurisdição internacional passou a afigurar como um dos temas mais instigantes da humanidade.

A verdade é que naquele momento a instituição de um tribunal permanente que venha a julgar e punir os mais terríveis crimes praticados contra a humanidade e que, desta forma desestimule ações do mesmo tipo por outros criminosos, de modo a atacar as violações frontais aos direitos humanos em termos repressivos (condenando os culpados) e preventivos (inibindo a tentativa de repetição dos crimes cometidos) representava, antes de tudo, um dever para com as vítimas e futuras gerações.

Esse processo, posteriormente a uma longa gestação, culminou com a criação do Estatuto de Roma e estabelecimento do TPI.

O Estatuto de Roma, responsável pela criação do TPI, foi ratificado por mais de 100 Estados (mais precisamente: 120), sendo que esse ato de aceite, realizado em manifestação de sua soberania, gera ao Estado-signatário o compromisso de cooperar com a Corte em seus atos e decisões.

Entretanto, esse comprometimento solenemente estabelecido em alguns pontos do texto normativo do Estatuto de Roma parece se contrapor a disposições previstas no direito interno de alguns Estados-partes – Ou, ainda, pior: Podem surgir eventuais incompatibilidades em relação a valores constitucionalmente consagrados de alguns Estados que aderiram a esse Tratado internacional.

No caso do Brasil, que foi um dos signatários originais do Estatuto do TPI, a situação não foi diferente. Considerando-se que o Brasil possui como um de seus fundamentos a soberania, no Estatuto de Roma constam alguns dispositivos que, em tese, são incongruentes com

relação ao ordenamento constitucional brasileiro. Diante desse impasse surge a problemática: Como proceder frente a esse dilema? Seriam esses dispositivos inconstitucionais e, por isso, não poderiam ser recepcionados pela Constituição Federal ou haveria uma solução a fim de compatibilizá-los com a ordem jurídica brasileira?

Sendo o cerne do tema que se propõe a ser tratado o liame estabelecido entre o Estatuto de Roma do TPI e a Constituição Federal brasileira de 1988, especialmente o eventual desrespeito à coisa julgada nacional ante à imposição constitucional de respeitá-la. É sobre essa problemática que se debruçará o estudo a ser desenvolvido no presente artigo científico.

1. A TRAJETÓRIA DA CONCEPÇÃO DE UM TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL: O CAMINHAR DE UMA IDEIA

A ideia de conceber uma jurisdição penal internacional não é recente. A trajetória da concepção de um Tribunal Penal Internacional trilhou um longo caminho. Enfim, foi uma longa gestação até que viesse a gênese do TPI.

1.1 Do surgimento dos Tribunais Militares aos Tribunais *ad hoc* no século XX: A evolução histórica dos Tribunais

São precedentes históricos do TPI:

- a) Tribunal de Leipzig;
- b) Tribunal Militar Internacional de Nuremberg;
- c) Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente;
- d) TPI *ad hoc* para a Bósnia ou extinta Iugoslávia; e,
- e) TPI *ad hoc* para Ruanda.

2. O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

Extirpando-se a prática de tribunais *ad hoc*, vem a lume o Tribunal Penal Internacional. No ano de 2002 surgiu a primeira Corte internacional permanente com jurisdição sobre pessoas acusadas de cometerem graves violações aos direitos humanos: o TPI, criado pelo Estatuto de Roma.^[1]

No ano de 2002, durante a Conferência Diplomática dos Plenipotenciários^[2] das Nações Unidas, o Estatuto de Roma (também conhecido como Tratado de Roma ou, ainda, Convenção de Roma) do Tribunal Penal Internacional foi afinal aprovado por cento e vinte Estados, em 17 de julho de 1998, contra apenas sete votos – China, Estados Unidos, Iêmen, Iraque, Israel, Líbia e Qatar – e vinte e uma abstenções, notadamente a da Índia.^[3]

Nas palavras da ilustre Piovesan (2008, p. 223-224):

Surge o Tribunal Penal Internacional como aparato complementar às cortes nacionais, com o objetivo de assegurar o fim da impunidade para os mais graves crimes internacionais, considerando que, por vezes, na ocorrência de tais crimes, as instituições nacionais se mostram falhas ou omissas na realização da justiça. Afirma-se, desse modo, a responsabilidade primária do Estado com relação ao julgamento de violações de direitos humanos, tendo a comunidade internacional a responsabilidade

subsidiária. Vale dizer, a jurisdição do Tribunal Internacional é adicional e complementar à do Estado, ficando, pois, condicionada à incapacidade ou à omissão do sistema judicial interno. O Estado tem, assim, o dever de exercer sua jurisdição penal contra os responsáveis por crimes internacionais, tendo a comunidade internacional a responsabilidade subsidiária.

Como enuncia o art. 1º do Estatuto de Roma, a jurisdição do Tribunal é adicional e complementar à do Estado, ficando condicionada à incapacidade ou à omissão do sistema judicial interno.

Dessa forma, o Estatuto busca equacionar a garantia do direito à justiça, o fim da impunidade e a soberania do Estado, à luz do princípio da complementaridade e do princípio da cooperação.

A Corte Penal Internacional (CPI), também conhecida como Tribunal Penal Internacional (TPI) – *International Criminal Court (ICC)* –, instituição dotada de personalidade jurídica própria, passou a existir juridicamente a partir da data de 1º de julho de 2002 – quatro anos depois da adoção do Estatuto de Roma, que previu a sua criação –, mas seu funcionamento efetivo apenas iniciara em maio de 2003.

Segundo o Estatuto de Roma, o Tribunal Penal Internacional é uma pessoa jurídica de Direito Internacional com capacidade necessária para o desempenho de suas funções e de seus objetivos. O Tribunal poderá

exercer os seus poderes e funções nos termos do seu Estatuto, no território de qualquer Estado parte e, por acordo especial, no território de qualquer outro Estado (art. 4º, §§ 1º e 2º).[\[4\]](#)

O TPI trata-se da primeira instituição global **permanente, universal e imparcial** de justiça penal da História da humanidade, dotada de princípios previamente definidos, em contraponto aos tribunais *ad hoc* que o precederam, instituída para investigar, processar e julgar os acusados pela prática de crimes que desafiam a imaginação, violam a ordem internacional como um todo e que ultrajam profundamente a consciência da humanidade, a exemplo do genocídio, dos crimes contra a humanidade, dos crimes de guerra e do crime de agressão.

2.2 Características

2.2.1. Competência Material

A competência material do TPI, em conformidade com o Estatuto, se destina a julgar com caráter permanente e independente os crimes mais graves, de caráter internacional. Tais crimes são imprescritíveis e podem ser catalogados em quatro categorias, senão vejamos:

- a) Crimes de genocídio;
- b) Crimes contra a humanidade;
- c) Crimes de guerra; e,
- d) Crimes de agressão.

O art. 5º do Estatuto de Roma contém um rol com a tipificação dos delitos sujeitos à jurisdição do Tribunal. Assim, compete ao TPI o inquérito, processo e julgamento dos mencionados crimes internacionais. Contudo, há que se evidenciar desde já que se foram

tipificados pelo TPI são esses crimes atrocidades que desafiam a imaginação, violam a ordem internacional como um todo e que ultrajam profundamente a consciência da humanidade.

2.2.2 Competência Temporal

Estabelecida no art. 11 do Estatuto, a jurisdição do TPI se atém ao julgamento dos crimes de sua competência cometidos depois da sua entrada em vigor internacional, que corresponde a 1º de julho de 2002, quando 60 países ratificaram o Estatuto, salvo se o Estado-parte consentir que a jurisdição do TPI retroaja, o que é confirmado pelo § 2º do mesmo dispositivo do Estatuto.

Ainda assim, nos termos do art. 11, § 2º do Estatuto de Roma, caso um Estado se torne parte do Estatuto depois da sua entrada em vigor, o Tribunal somente poderá exercer sua competência para o processo e julgamento dos crimes cometidos depois da entrada em vigor do Estatuto nesse Estado, a menos que este tenha feito uma declaração específica em sentido contrário, nos termos do § 3º do art. 12 do mesmo Estatuto. [\[5\]](#)

A imputação de julgamento a crimes praticados anteriormente ao advento desse lapso temporal, qual seja, da entrada em vigor do Estatuto de Roma configura flagrante violação ao princípio de direito penal *nullum crime nulla poena sine legen praevia*. [\[6\]](#)

2.2.3 Competência Territorial

Consoante o disposto no art. 12 do Estatuto de Roma, o TPI possui competência para julgar os atos delituosos ocorridos no território dos Estados signatários, independente da nacionalidade do agente.

O Tribunal será, igualmente, competente sempre que houver imputação de qualquer um dos crimes capitulados no art. 5º do Estatuto a nacional de um Estado-membro.

Ademais, observar-se-á tal competência nos casos de crimes cometidos a bordo de navio ou aeronave, ocasião na qual será verificada a bandeira da embarcação ou aeronave.

Por derradeiro, o TPI estará legitimado a exercer sua jurisdição mediante o recebimento pela Promotoria da *notitia criminis*, seja de um Estado, seja do Conselho de Segurança das Nações Unidas, nos termos do art. 13 do Estatuto. Ou, ainda, poderá o Promotor agir de *per se* nesse intento, conforme completado pelo dispositivo anterior.

2.2.4 Competência com relação à pessoa

Contrariamente à Corte Internacional de Justiça (órgão judicial da ONU), cuja competência se destina ao julgamento dos Estados, o TPI ou CPI é competente para o objetivo precípuo de julgar pessoas naturais (art. 25, § 1º) – e não jurídicas –, responsabilizando-as individualmente por seus atos. Eis o traço distintivo entre ambas as Cortes que, sem embargo de que possam possuir semelhança nos nomes (é de fundamental importância não confundir TPI ou Corte Penal Internacional com Corte Internacional de Justiça), bem como ambas sejam sediadas em Haia, na Holanda^[7], diferenciam-se na essência por sua finalidade.

Nos termos do art. 26 do Estatuto, a idade mínima para que um indivíduo possa responder pelos crimes de competência do TPI é de 18

anos na data da prática do crime. Assim, com essa idade (18 anos), adquire-se a imputabilidade penal perante o TPI.

Oportuno mencionar que a acusação somente poderá proceder caso o crime tenha sido praticado na modalidade dolosa, pois a culpa é excluída do âmbito de competência do TPI, consoante prescreve o art. 30 do Estatuto.

Igualmente, não há previsão explícita de punibilidade da tentativa, em nenhum dos crimes definidos no Estatuto. Mas ela pode decorrer dos princípios gerais de direito invocados no art. 21, § 1, c.[\[8\]](#)

2.3 Princípios regentes

Como não poderia ser diferente, a atuação do TPI se encontra vinculada à observância de princípios fundamentais, a saber:

2.3.1 Princípio da Complementaridade (ou Subsidiariedade):

Expresso no preâmbulo, no art. 1º e mais especificamente no art. 17 do Estatuto, prescreve que a jurisdição do TPI, contrariamente a dos tribunais *ad hoc* que são concorrentes e têm primazia sobre as Cortes nacionais[\[9\]](#), deve ser complementar (não antecedendo nem se sobrepondo à jurisdição nacional) à jurisdição penal dos Estados.

Considerando-se que o Estado possui responsabilidade primária e a comunidade internacional possui responsabilidade subsidiária, a jurisdição do TPI terá caráter excepcional, isto é, somente poderá ser exercida quando o Estado que originariamente possui jurisdição direta sobre determinado caso demonstrar:

- a) **Omissão:** O Estado quedou-se inerte, por ausência de disposição política ou falência estrutural dele próprio, em

processar e punir devidamente os responsáveis pelos crimes apontados no Estatuto de Roma; ou,

- b) **Manifesta incapacidade:** O Estado promoveu o inquérito ou a ação penal, contudo agiu de modo insatisfatório, demonstrando inequivocadamente que o fez com a intenção deliberada ou de proteger o acusado, subtraindo-lhe a justiça, ou buscou aparentar seriedade à investigação ou ao processo criminal, subtraindo-lhe a sanção. Trata-se da chamada “paralisia consciente do Estado” em responsabilizar penalmente os suspeitos dos crimes capitulados no art. 5º do Estatuto.

Eis os requisitos de admissibilidade para o exercício da jurisdição internacional. Superada a condicionante do prévio esgotamento dos procedimentos internos – falência das instituições nacionais –, uma vez verificada a realização de uma das condutas elencadas no art. 5º do Estatuto, justifica-se a aplicação da competência do TPI. Neste sentido, a jurisdição do TPI se afigura complementar à jurisdição dos Estados, sendo que só emerge quando verificados os requisitos para que o TPI adquira competência para proceder a persecução penal. Sendo assim, a jurisdição do TPI não antecede nem se sobrepõe à jurisdição interna dos Estados, simplesmente a complementa.

2.3.2 Princípio da Responsabilidade Penal Individual

Segundo dita este princípio, previsto no art. 25 do Estatuto, o indivíduo que incorre na prática do tipo penal incriminado pelo Estatuto deverá ser responsabilizado pessoalmente pela conduta perpetrada, o

que não obsta a responsabilidade estatal pelo(s) crime(s) ocorrido(s) em seu território.

2.3.3 Princípio da Irrelevância da Função Social

Realçando o princípio constitucional da Isonomia ou Igualdade (art. 5º, *caput*, da CF/88), permite que inclusive os chefes de Estado ou de Governo, ministros, parlamentares e outras autoridades sejam responsabilizados criminalmente pela prática de quaisquer das condutas discriminadas no Estatuto de Roma, sem qualquer privilégio ou imunidade.

Corroborando com o argumento alhures, leciona Piovesan (2008, p. 225):

De acordo com o art. 27, aplica-se o Estatuto igualmente a todas as pessoas, sem distinção alguma baseada em cargo oficial. Isto é, o cargo oficial de uma pessoa, seja ela Chefe de Estado ou Chefe de Governo, não eximirá de forma alguma sua responsabilidade penal, tampouco importará em redução da pena.

2.3.4 Princípio da Responsabilidade dos Comandantes e outros Superiores

Exige que todos os comandantes militares, ainda que não estejam fisicamente presentes no local do crime, despendam de todos os meios ao seu alcance a fim de elidir a prática criminosa, sob pena de lhe ser imputada a responsabilidade conjunta pela conduta de seus subordinados.

2.3.5 Princípio da Imprescritibilidade

Conquanto ninguém possa ser julgado por delitos praticados antes da entrada em vigor do Tratado de Roma, por este princípio a ação criminosa tipificada no art. 29 do Estatuto não se sujeitará jamais ao decurso do tempo para ter extinta a sua punibilidade, eis que tamanha a ofensa ao bem jurídico tutelado lapso temporal algum seria capaz de apagar a mácula trazida pela conduta incriminada.

2.3.6 Princípio da Cooperação

Consagrado no art. 86 do Estatuto, segundo o qual os Estados-partes deverão cooperar plenamente com o Tribunal na investigação e julgamento dos crimes de competência deste, bem como assegurar-se de que seu Direito Interno preveja procedimentos aplicáveis a todas as formas de cooperação especificadas no Estatuto.

2.4 Penas aplicáveis

O Estatuto não definiu uma pena específica para cada tipo penal, cabendo aos magistrados do TPI, com sua discricionariedade, determinarem a dosimetria das penas, conforme as peculiaridades do caso concreto, observado o limite de 30 anos de reclusão.

Desta forma, em seu art. 77 o Estatuto previu as penas aplicáveis aos réus julgados pelo TPI, sendo elas as seguintes:

- a) pena de até 30 anos de prisão;
- b) pena de prisão perpétua;
- c) pena de multa; e,

d) confisco dos proventos, sejam eles auferidos direta ou indiretamente do crime, preservando-se os direitos de terceiro de boa-fé.

2.5 Procedimento

Conforme os ensinamentos da ilustre jurista Piovesan (2008, p.224):

O exercício da jurisdição internacional pode ser exercido mediante denúncia de um Estado-parte ou do Conselho de Segurança à Promotoria, a fim de que esta investigue o crime, propondo a ação penal cabível, nos termos dos arts. 13 e 14 do Estatuto. Pode ainda a própria Promotoria agir de ofício, nos termos dos arts. 13 e 15. Em todas as hipóteses, o exercício da jurisdição é condicionado à adesão do Estado ao tratado, ou seja, é necessário que o Estado reconheça expressamente a jurisdição internacional. Note-se que a ratificação do tratado não comporta reservas, devendo o Estado ratificá-lo na íntegra e sem ressalvas (art. 120).

Logo, a jurisdição do TPI pode ser exercida de três formas distintas, senão vejamos:

- 1) Pela solicitação de investigação feita por um Estado-parte do Estatuto.

Essa denúncia, que deve ser acompanhada de elementos factuais que a substanciem, dá início a investigações, conforme o procedimento adotado pelo Tribunal;[\[10\]](#)

2) Por intervenção do Conselho de Segurança das Nações Unidas, autorizado pelo Capítulo VII da Carta (rupturas e ameaças à paz e segurança internacionais), apontando situações criminosas, independentemente de o Estado fazer ou não parte do TPI;

3) Por iniciativa da Promotoria, que recebe a *notitia criminis*, das mais variadas fontes, e age de ofício (art. 15 do Estatuto);

4) Por iniciativa autônoma do promotor se subordina ao “exame da Câmara de Questões Preliminares, que deve confirmar a existência de base adequada para dar prosseguimento às investigações”.[\[11\]](#)

3. O INGRESSO DO TPI NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

3.1 A ratificação

O Estatuto de Roma que cria o Tribunal Penal Internacional foi aprovado em 17.07.1998. O Brasil assinou o aludido estatuto em 07.02.2000 e o Congresso Nacional o aprovou, por meio do Decreto Legislativo n. 112, em 06.06.2002, tendo sido promulgado em 26.09.2002, pelo Decreto presidencial n. 4.388. A *carta de ratificação* fora depositada em 20.06.2002, entrando em vigor em 1º.07.2002. Para o Brasil, internacionalmente, nos termos de seu art. 126, passou a vigorar em 1º de setembro de 2002.[\[12\]](#)

A partir desse momento o Brasil, que foi um dos signatários originais do Estatuto, passa a fazer parte da jurisdição do TPI, em cumprimento ao disposto no art. 7º do ADCT.

3.2 Hierarquia normativa

Por se tratar de tratado internacional de direitos humanos ratificado anteriormente à previsão de *quorum* qualificado previsto no art. 5º, § 3º, da CF/88 (*quorum* de três quintos em dupla votação nas duas Casas legislativas), o Estatuto de Roma integrou-se ao Direito brasileiro com hierarquia infraconstitucional, mas *status* supralegal (situando-se em grau superior às leis ordinárias, porém em grau inferior à Constituição). Logo, situa-se no patamar inferior à Constituição, todavia superior a toda a legislação infraconstitucional, possuindo, assim, *status* normativo supralegal.

4. AS INCOMPATIBILIDADES ENTRE O ESTATUTO DE ROMA DO TPI E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA DE 1988

Em um ato típico de soberania o Brasil ratificou ao Estatuto de Roma, responsável por instituir o TPI. A partir da assinatura do instrumento de ratificação, o Estado brasileiro tornou-se signatário do Estatuto, obrigando-se a “cooperar plenamente com o Tribunal no inquérito e no procedimento contra crimes de competência deste”[\[13\]](#), em respeito ao princípio da Cooperação.

Haja vista que, consoante o disposto no art. 120 do Estatuto de Roma, a ratificação deste não admite reservas (logo, não é possível a um Estado ratificar ao Tratado em parte, porquanto a sua assinatura importa em torná-lo signatário do instrumento em sua integralidade, em todos os seus termos, e não de uma parte ou outra dele), alguns

constitucionalistas propugnam por possíveis inconstitucionalidades do TPI em relação à Constituição Federal Brasileira de 1988.

Essa situação é denominada no direito dos tratados de *inconstitucionalidade intrínseca* dos tratados internacionais. Esta tem lugar quando o tratado, apesar de formalmente ter respeitado todo o procedimento constitucional de conclusão estabelecido pelo direito interno, contém normas violadoras de dispositivos constitucionais.[\[14\]](#)

A qual não pode ser confundida “com a inconstitucionalidade chamada extrínseca (ou formal), também conhecida por *ratificação imperfeita*, que ocorre quando o Presidente da República violando norma constitucional de fundamental importância para celebrar tratados, ratifica o acordo sem assentimento prévio do Congresso Nacional”[\[15\]](#). O que não foi o caso do TPI, cuja ratificação ocorreu em consonância com o procedimento constitucionalmente previsto para a celebração de tratados (arts. 49, inciso I e 84, inciso VIII, ambos da CF/88).

A existência de uma inconstitucionalidade intrínseca (normas incompatíveis com a Lei Maior) é tendente a ensejar eventuais antinomias[\[16\]](#). Isto posto, muito se discute acerca de eventuais incompatibilidades entre o referido Estatuto e a Constituição Federal brasileira, vez que em muitos pontos aquele parece colidir com determinados preceitos constitucionais. Desta feita, seria o caso de *inconstitucionalidade intrínseca* do Estatuto de Roma em relação ao ordenamento constitucional brasileiro?

Considerando-se que a República Federativa do Brasil tem como um de seus fundamentos a soberania (art. 1º, inciso I da CF/88), argumenta-se assim a pretensa antinomia (diga-se: aparente)[\[17\]](#) de alguns dispositivos do Estatuto de Roma em relação a valores constitucionalmente consagrados. Para efeitos da presente abordagem: o eventual desrespeito à coisa julgada nacional.

4.1 Desrespeito à Coisa Julgada

Uma das incongruências colocadas entre as disposições do Estatuto de Roma e a Constituição Federal brasileira se refere à ofensa à *coisa julgada* material[\[18\]](#), definida pelo art. 467 do CPC, como sendo “a eficácia que torna imutável e indiscutível a sentença não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”.

A Constituição, em seu art. 5º, inciso XXXVI[\[19\]](#), impõe respeito à coisa julgada nacional, garantia essa já posta a salvo pelo art. 6º da LINDB.[\[20\]](#)

Preliminarmente impende fazer uma abordagem do conceito de coisa julgada entendido como tal.

Cintra (2009, p. 328) define coisa julgada como “a sentença não mais suscetível de reforma por meio de recursos transita em julgado, tornando-se imutável dentro do processo”.

Para Theodoro Júnior (2000, p. 462) “apresenta-se a *res iudicata*, assim, como qualidade da sentença, assumida em determinado momento processual. Não é efeito da sentença, mas a qualidade dela representada pela “imutabilidade” do julgado e de seus efeitos”.

Em suma, coisa julgada é a imutabilidade da sentença ou acórdão para a(o) qual se efetuou o trânsito em julgado, quer pelo esgotamento das vias recursais, quer pela não interposição do recurso cabível no prazo estipulado pela lei. Desta forma, a coisa julgada pode sobrevir tanto de uma sentença/acórdão transitada(o) em julgado, quanto do transcurso do prazo recursal *in albis*.

O Art. 20 do Estatuto^[21] regula as exceções ao princípio da Coisa Julgada.

Dentro desse contexto, tema interessante seria o caso de uma pessoa já ter sido julgada e condenada ou absolvida pelo Judiciário brasileiro, em razão da prática de crime afeto à jurisdição do TPI. Observa-se que, caso o julgamento tenha sido conduzido de maneira imparcial, uma vez operando-se o trânsito em julgado da sentença, formar-se-á a coisa julgada, a qual deve ser respeitada.

Neste sentido, o Estatuto, no art. 20, §3º, veda o *bis in idem*, ou seja, ser o agente punido duas vezes pelo mesmo fato, salvo na hipótese do julgamento do acusado lhe ter subtraído a sanção, ou tenha se realizado eivado de parcialidade ou, ainda, frustre a finalidade da atuação estatal. Assim, “o fato de a sentença interna produzir coisa julgada não impede a atuação complementar do Tribunal Internacional, quando ocorrida uma das hipóteses de favorecimento do acusado previstas no art. 20, §3º, do Estatuto de Roma”.^[22]

No mesmo sentido Comparato (2010, p. 481) leciona que:

As exceções ao princípio da coisa julgada, estabelecidas no art. 20 do Estatuto, justificam-se

plenamente, pois elas dizem respeito a situações em que a coisa julgada ocorrida no Brasil estaria viciada pelo fato de o processo-crime ter sido realizado no intuito de fraudar a aplicação do Estatuto em relação ao réu.

A jurisdição do Tribunal Penal Internacional é subsidiária à jurisdição estatal. O Tribunal, portanto, somente atuará quando o julgamento local tiver sido forjado para absolver o autor dos crimes definidos pelo Estatuto, ou então quando a investigação e o processamento desses acusados demorar injustificadamente.[\[23\]](#)

A respeito Gomes (2007) se posiciona:

Não há qualquer ofensa ao instituto da coisa julgada quando o nacional é submetido a julgamento no Brasil e absolvido, e, depois, julgado pelo TPI e condenado: trata-se de esferas diferentes, uma interna e outra internacional e, entre elas, não se pode reconhecer a ocorrência da coisa julgada.

A decisão de mérito proferida pelo TPI (seja ela pela absolvição ou pela condenação) fará coisa julgada, não podendo ser revista pela jurisdição interna do Estado-parte. Igualmente, uma decisão de mérito proferida pelo Poder Judiciário do Estado-membro do Estatuto, sobre crimes da competência do TPI, fará coisa julgada perante o Tribunal, salvo se ficar demonstrada fraude ou favorecimento do acusado no julgamento.

Portanto, é também equivocado o entendimento de que o Estatuto de Roma desrespeita a coisa julgada material, visto que somente dá ensejo à possibilidade de reforma no julgamento quando inquinado em fraude o ato ou, excepcionalmente, ante à possibilidade de o TPI reanalisar a coisa já anteriormente julgada em último grau pelo Judiciário nacional. Neste último caso em específico a norma erigida a nível constitucional que impõe respeito à coisa julgada deve ceder perante a jurisdição do TPI.

CONCLUSÃO

A jurisdição penal internacional trilhou um longo caminho até que viesse a lume o TPI.

Várias foram as tentativas engendradas nesse sentido até que houvesse o estabelecimento efetivo da primeira Corte de Justiça Penal Internacional permanente, independente e imparcial.

Em pouco mais de uma década de existência o TPI se tornou um importante mecanismo de garantia contra as violações de direitos humanos.

Ao TPI ainda resta muito a fazer, bem como – e sobretudo – inúmeras resistências a romper, conforme adiante esclarecido.

A primeira delas diz respeito à soberania dos Estados-membros. Aliás, essa é a principal razão para a recusa por parte dos Estados em ratificar ao Estatuto de Roma. De fato, reconhecer suas limitações, de modo a abrir mão de parte de sua soberania, é algo de sobremaneira comprometedor para um Estado soberano, o que tem feito com que

muitos Estados não reconheçam o TPI (Os Estados Unidos, por exemplo, já declararam abertamente que não pretendem fazer parte do TPI).

No caso do Brasil, embora seja signatário do Tratado de Roma, muitos pontuam que a ratificação do referido Estatuto estaria a desrespeitar um dos fundamentos que alicerçam a Constituição Federal Brasileira, qual seja, a soberania nacional (art. 1º, inciso I, da CF/88^[24]) quando, por exemplo, prevê exceções à coisa julgada (art. 20 do Estatuto de Roma), em contraponto à imposição constitucional que lhe confere respeito (art. 5º, inciso XXXVI).

O respeitado doutrinador André Ramos Tavares salienta que essas incongruências são insanáveis, posto que não se pode mudar a Constituição Federal nesses aspectos, por conta das chamadas cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, da CF/88).

Por sua vez, uma parcela significativa da doutrina, formada por nomes de peso (Flávia Piovesan, Valério de Oliveira Mazzuoli e Luiz Flávio Gomes) defende que se trata de um conflito de normas (antinomia) apenas aparente, vez que os critérios para solucioná-lo são normas integrantes do ordenamento jurídico, pelos motivos delineados nos parágrafos seguintes.

Como com propriedade se posiciona Steiner (PRR-3, 2009):

Os dois sistemas - o nacional e o do TPI - não se misturam, não se confundem, não interferem um com o outro. Portanto, não vejo como possível alegar-se incompatibilidade entre sistemas que não se tocam, que são paralelos.

Em que pese a possível antinomia que pode surgir em um primeiro momento, uma análise hermenêutica pormenorizada do assunto conclui ser cediço que o conflito de normas é apenas aparente.

Chayes (1995 *apud* PIOVESAN, 2000) entende:

[...] que a soberania não pode mais consistir na liberdade dos Estados de atuarem independentemente e de forma isolada à luz do seu interesse específico e próprio. A soberania hoje consiste, sim, numa cooperação internacional em prol de finalidades comuns. Um novo conceito de soberania, diz o autor, aponta a existência de um Estado não isolado, mas membro da comunidade e do sistema internacional. Os Estados, conclui, expressam e realizam a sua soberania, participando da comunidade internacional, ou seja, participar do sistema internacional é sobretudo um ato de soberania por excelência. Prenuncia-se, desse modo, o fim da era em que a forma pela qual o Estado tratava os seus nacionais era concebida como um problema de jurisdição doméstica decorrente da sua soberania. Nesse contexto, pode-se afirmar que uma das principais preocupações desse movimento de internacionalização dos direitos humanos é justamente convertê-los em

tema de legítimo interesse da comunidade internacional.

Com relação à soberania, mostra-se acertada a afirmação do doutrinador Mazzuoli (2011, p. 973/974), para quem:

Não existe restrição ou diminuição da soberania para os países que já aderiram, ou aos que ainda irão aderir, ao Estatuto de Roma. Ao contrário: na medida em que um Estado ratifica uma convenção multilateral como esta, que visa trazer um bem estar que a sociedade internacional reivindica há anos, ele não está fazendo mais do que, efetivamente, praticando um ato de soberania, e o faz de acordo com a sua Constituição, que prevê a participação dos poderes Executivo e Legislativo (no caso brasileiro: CF, arts. 84, inc. VIII e 49, inc. I, respectivamente) no processo de celebração de tratados internacionais.

Neste sentido esse monitoramento realizado pelo TPI, mediante o consentimento prévio do Estado que a ele se submeteu por intermédio da ratificação, não configura uma intromissão indevida no exercício da soberania desse mesmo Estado soberano. Afinal, a jurisdição do TPI é complementar, se coaduna com a jurisdição doméstica, conforme amplamente enfatizado ao longo deste artigo.

É sob esse enfoque que deve ser compreendido o TPI. Consoante preceitua Piovesan (2000), “o Tribunal Internacional Penal surge como

um aparato complementar à jurisdição penal nacional. O Estatuto de Roma reitera a idéia de que o Estado tem a responsabilidade primária, o dever jurídico de emprestar a sua jurisdição. No entanto, se isso não ocorrer, a responsabilidade subsidiária é da comunidade internacional,” acionável quando as instituições nacionais mostrarem-se falhas ou omissas na proteção dos direitos humanos.

A mesma Piovesan (2003, p.151) continua:

A jurisdição do Tribunal é adicional e complementar à do Estado, ficando condicionada à incapacidade ou à omissão do sistema judicial interno. O Estado tem o dever de exercer sua jurisdição penal contra os responsáveis por crimes internacionais, tendo a comunidade internacional a responsabilidade subsidiária. [...] A jurisdição do Tribunal Penal Internacional não substitui a jurisdição local, mas é a ela complementar e subsidiária.

E, por fim, conclui (Ibid., p. 151/152) que:

O reconhecimento da jurisdição do Tribunal Penal Internacional, em si mesmo, é ato de soberania do Estado brasileiro, não cabendo ao Estado, *a posteriori*, valer-se desta mesma soberania para afastar a jurisdição Internacional.

No mesmo sentido são as lições de Mazzuoli (2005, p. 55):

Sua jurisdição, obviamente, incidirá apenas em casos raros, quando as medidas internas dos países se mostrarem insuficientes ou omissas no que respeita ao processo e julgamento dos acusados, bem como quando desrespeitarem as legislações penal e processual internas.

Destarte, a jurisdição do Tribunal Penal Internacional terá caráter excepcional, sendo que somente será cabível a aplicação desse Estatuto quando o Estado se mostrar manifestamente falho, omissos, incapaz de responder às violações de direitos humanos.

Outrossim, uma violação aos direitos humanos não se trata apenas de uma afronta a direito fundamental tutelado na órbita dos limites territoriais de um determinado País, mas de toda a humanidade em conjunto, independentemente de estarem positivados ou não no ordenamento jurídico de uma determinada Nação. Nesta toada, a tutela dos direitos humanos não se restringe ao campo de atuação de um determinado Estado, por tratar de direito inerente aos seres humanos, cuida-se de matéria cuja competência recai sobre um âmbito global (campo de atuação de cada Estado competente para punir a violação perpetrada) e, subsidiariamente, o juízo internacional (TPI), sendo que a competência deste último somente será trazida à voga ante a falha, omissão ou incapacidade daquele de responder às violações de direitos humanos, por força do princípio da Complementaridade, sem que essa intromissão fira a soberania do Estado no qual se deu o desrespeito aos direitos humanos, quer do Estado cujo perpetrador seja nacional. Por

isso, não há que se falar em incompatibilidades entre o quanto disposto no Estatuto de Roma e a Constituição Federal Brasileira, pelo contrário, ambas as normas se complementam na busca incessante pelo bem comum, qual seja, a proteção dos direitos humanos em escala planetária tendente a preservar a paz mundial.

Até porque o TPI é um tribunal de última instância, cuja atuação somente estará legitimada em caso de inação (omissão ou incapacidade) dos Estados. Assim, trata-se de situações excepcionais, nas quais o Estado não atuou porque não quis ou não pôde atuar a contento. Portanto, não há que se falar em perda da soberania, já que a competência primária para o exercício da jurisdição pertence ao Estado, apenas diante da falha ou omissão dele que será acionada a competência subsidiária do TPI às jurisdições nacionais.

Por derradeiro, a ratificação do Estatuto do Tribunal Penal Internacional pelo Brasil é absolutamente compatível e consonante com a ordem constitucional brasileira, “não havendo como argumentar que esse Tribunal seria uma intervenção indevida no exercício da soberania nacional”^[25], vez que nele há a conjugação da ordem interna e da ordem internacional, à luz do princípio da prevalência dos direitos humanos, mediante providências tendentes a punir e retirar do convívio coletivo mundial, não apenas criminosos genocidas ou ditadores, mas também os responsáveis pela prática de crimes internacionais, em relação aos quais não se admite esquecimento.

REFERÊNCIAS

BIBLIOGRAFIA

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo Cintra; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 13.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional Descomplicado*. 2^a.ed. rev. atual. São Paulo: Método, 2008.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 9.ed. rev. ampl. e atual.. São Paulo: Saraiva, 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento*. 34. ed. Rio de Janeiro - Forense, 2000.

OBRAS CONSULTADAS ONLINE

Entrevista: Sylvia Steiner – Juíza do Tribunal Penal Internacional. In: *PRR-3*. Disponível em:

<<http://www.prr3.mpf.gov.br/content/view/249/111/>>, Acesso em: 25 dez. 2012.

FARIAS, João Albino de Medeiros. O Tribunal Penal Internacional e o Ordenamento Jurídico Brasileiro. In: *Revista Direitos Culturais*, Santo Ângelo-RS, v.1, n.1, dez. 2006. Disponível em: <<http://srvapp2s.urisan.tche.br/seer/index.php/direitosculturais/article/viewFile/39/29>>. Acesso em: 08 set. 2012.

GOMES, Luiz Flávio. *As aparentes antinomias entre O TPI (Tribunal Penal Internacional) e a CF/88*. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/artigo/20070529180222887_as-aparentes-antinomias-entre-o-tpi-tribunal-penal-internacional-e-a-cf-88.html>. Acesso em: 16 dez. 2012.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. O Tribunal Penal Internacional: integração ao direito brasileiro e sua importância para a justiça penal internacional. In: *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos: divisão jurídica*, Centro de Pós-graduação, Faculdade de Direito de Bauru, n. 43, maio/ago. 2005. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/dpj/cji/bitstream/26501/1546/1/Tribunal%20Penal%20Internacional.pdf>>. Acesso em: 26 out. 2012.

MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. O Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira. *O que é o Tribunal Penal Internacional*. Brasília: Cartilha Organizada pela Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados: Gráfica Oficial, 2000. 34 p. Disponível em:

<http://www.dhnet.org.br/dados/cartilhas/dh/tpi/cartilha_tpi.htm#A%20PENA%20DE%20PRIS%C3%83O>. Acesso em: 09 de jan. 2013.

PIOVESAN, Flávia. Princípio da Complementaridade e Soberania. In: *Revista CEJ*, América do Norte, v. 4, n. 11, mai./ago. 2000. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/tpi/textos/tpi_piovesan.html>. Acesso em: 20 out. 2012.

SABÓIA, Gilberto Vergne. Conferência - A criação do Tribunal Penal Internacional. In: *Revista CEJ*. v. 4 n. 11 mai./ago. 2000. Disponível em: <<http://www.ufsm.br/revistadireito/eds/v5n3/A4.pdf>>. Acesso em: 30 set. 2012.

LEGISLAÇÃO

BRASIL. Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm#adct>. Acesso em: 27 jan. 2013.

BRASIL. [Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973](#). Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm>. Acesso em: 01º mai. 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 16 abr. 2015.

BRASIL, Decreto n.º 4.388, de 25 set. 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm.

Acesso em: 30 abr. 2015.

NOTAS:

[1] PAULO; ALEXANDRINO, 2008, p. 105.

[2] O termo “plenipotenciário” significa uma autoridade, seja ela o Ministro das Relações Exteriores ou outra pessoa por ele indicada, com anuência do Presidente da República e com Carta de Plenos Poderes (por isso, plenipotenciário), que tem o poder de assinar um tratado em nome de seu país. Enfim, plenipotenciários são os chefes das Relações Diplomáticas de um determinado Estado.

[3] COMPARATO, 2010, p.461.

[4] MAZZUOLI, 2005, p. 55.

[5] MAZZUOLI, 2005, p. 54.

[6] Amplamente consagrado como princípio da Reserva Legal (ou, simplesmente, princípio da Legalidade), determina que não há crime sem lei anterior que o defina nem pena sem prévia cominação legal.

[7] Nos termos do art. 3º, § 1º do Estatuto, o Tribunal tem sede em Haia, Países Baixos (“o Estado anfitrião”), podendo funcionar em outro local sempre que se entender conveniente. (LENZA, 2008, p.704).

[8] COMPARATO, 2010, p. 467.

[9] SABÓIA, 2000.

[10] SABÓIA, 2000.

[11] SABÓIA, 2000.

[12] LENZA, 2008, p. 704.

[13] LENZA, 2008, p. 705.

[14] MAZZUOLI, 2011, p. 964.

[15] MAZZUOLI, loc. cit.

[16] *Antinomia jurídica* é definida como “a oposição que ocorre entre duas normas contraditórias (total ou parcialmente), emanadas de autoridades competentes num mesmo âmbito normativo, que colocam o sujeito numa posição insustentável pela ausência ou inconsistência de critérios aptos a permitir-lhe uma saída nos quadros de um ordenamento dado.” (FERRAZ JÚNIOR, 2008, p. 179).

[17] “As antinomias podem ser classificadas em reais ou aparentes. “A antinomia *real* é definida como aquela em que [...] a posição do sujeito é insustentável porque não há *critérios* para a sua solução, ou porque entre os critérios existentes há conflito, e é *aparente* em caso contrário”. (FERRAZ JÚNIOR, 2008, p. 180). Sendo assim, as antinomias reais são aquelas insolúveis, enquanto as aparentes são solúveis, para as quais os critérios para solução estão no próprio ordenamento.

[18] O instituto da coisa julgada se subdivide em coisa julgada formal e coisa julgada material. Na coisa julgada advinda de sentença terminativa (coisa julgada formal), salvo no caso de perempção, nada impede a posterior propositura da mesma ação novamente, Por outro lado, a coisa julgada advinda de sentença definitiva (coisa julgada material), como o próprio nome remete, sobre ela opera o trânsito em julgado, não sendo mais passível de recurso, deverá ser respeitada, não podendo ser mais distribuída a mesma ação. É desta última (coisa julgada material) que se ocupará nossos estudos.

[19] Art. 5º, XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

[20] Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

§ 3º Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso.

[21] Artigo 20

Ne bis in idem

1. Salvo disposição contrária do presente Estatuto, nenhuma pessoa poderá ser julgada pelo Tribunal por atos constitutivos de crimes pelos quais este já a tenha condenado ou absolvido.

2. Nenhuma pessoa poderá ser julgada por outro tribunal por um crime mencionado no artigo 5º, relativamente ao qual já tenha sido condenada ou absolvida pelo Tribunal.

3. O Tribunal não poderá julgar uma pessoa que já tenha sido julgada por outro tribunal, por atos também punidos pelos artigos 6º, 7º ou 8º, a menos que o processo nesse outro tribunal:

a) Tenha tido por objetivo subtrair o acusado à sua responsabilidade criminal por crimes da competência do Tribunal; ou

b) Não tenha sido conduzido de forma independente ou imparcial, em conformidade com as garantias de um processo equitativo reconhecidas pelo direito internacional, ou tenha sido conduzido de uma maneira que, no caso concreto, se revele incompatível com a intenção de submeter a pessoa à ação da justiça.

[22] CAPEZ, 2011, p. 120.

[23] FARIAS, 2006, p. 98.

[24] Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

[25] PIOVESAN, 2000.

Conforme a NBR 6023:2000 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico publicado em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma: MARTINS, Rosemary Gonçalves. *A (in)compatibilidade das exceções à coisa julgada, previstas no Tratado de Roma do Tribunal Penal Internacional, diante da Constituição da República Federativa do Brasil*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 19 maio 2015. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.53465>>. Acesso em: 23 maio 2015.

O PLANO NACIONAL DE CULTURA EM ANÁLISE: PRIMEIROS COMENTÁRIOS À LEI Nº 12.343/2010

TAUÃ LIMA VERDAN RANGEL: Bacharel em Direito, do Centro Universitário São Camilo. Autor de vários artigos na área do Direito Penal, Direito Constitucional, Direito Civil e Direito Ambiental. Mestrando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da UFF. Bolsista CAPES.

Resumo: O objetivo do presente está assentado na análise do Plano Nacional de Cultura (PNC), instituído pela Lei nº 12.343, de 02 de dezembro de 2010. Cuida salientar que o meio ambiente cultural é constituído por bens culturais, cuja aceção compreende aqueles que possuem valor histórico, artístico, paisagístico, arqueológico, espeleológico, fossilífero, turístico, científico, refletindo as características de uma determinada sociedade. Ao lado disso, quadra anotar que a cultura identifica as sociedades humanas, sendo formada pela história e maciçamente influenciada pela natureza, como localização geográfica e clima. Com efeito, o meio ambiente cultural decorre de uma intensa interação entre homem e natureza, porquanto aquele constrói o seu meio, e toda sua atividade e percepção são conformadas pela sua cultura. A cultura brasileira é o resultado daquilo que era próprio das populações tradicionais indígenas e das transformações trazidas pelos diversos grupos colonizadores e escravos africanos. Nesta toada, ao se analisar o meio ambiente cultural, enquanto complexo macrossistema, é perceptível que é algo incorpóreo, abstrato, fluído, constituído por bens culturais materiais e imateriais portadores de referência à memória, à ação e à identidade dos distintos grupos formadores da sociedade brasileira. O conceito de

patrimônio histórico e artístico nacional abrange todos os bens moveis e imóveis, existentes no País, cuja conservação seja de interesse público, por sua vinculação a fatos memoráveis da História pátria ou por seu excepcional valor artístico, arqueológico, etnográfico, bibliográfico e ambiental.

Palavras-chaves: Patrimônio Cultural. Plano Nacional de Cultura. Tutela Jurídica.

Sumário: 1 Ponderações Introdutórias: Breves notas à construção teórica da Ramificação Ambiental do Direito; 2 Comentários à concepção de Meio Ambiente; 3 Meio Ambiente e Patrimônio Cultural: Aspectos Introdutórios; 4 O Plano Nacional de Cultura em análise: Primeiros Comentários à Lei nº 12.343/2010.

1 Ponderações Introdutórias: Breves notas à construção teórica da Ramificação Ambiental do Direito

Inicialmente, ao se dispensar um exame acerca do tema colocado em tela, patente se faz arrazoar que a Ciência Jurídica, enquanto um conjunto multifacetado de arcabouço doutrinário e técnico, assim como as robustas ramificações que a integram, reclama uma interpretação alicerçada nos plurais aspectos modificadores que passaram a influir em sua estruturação. Neste almiré, lançando à tona os aspectos característicos de mutabilidade que passaram a orientar o Direito, tornou-se imperioso salientar, com ênfase, que não mais subsiste uma visão arrimada em preceitos estagnados e estanques, alheios às necessidades e às diversidades sociais que passaram a contornar os Ordenamentos Jurídicos. Ora, infere-se que não mais prospera o arcabouço imutável que

outrora sedimentava a aplicação das leis, sendo, em decorrência dos anseios da população, suplantados em uma nova sistemática.

Com espeque em tais premissas, cuida hastear, com bastante pertinência, como flâmula de interpretação o “*prisma de avaliação o brocardo jurídico 'Ubi societas, ibi jus', ou seja, 'Onde está a sociedade, está o Direito', tornando explícita e cristalina a relação de interdependência que esse binômio mantém*”^[1]. Destarte, com clareza solar, denota-se que há uma interação consolidada na mútua dependência, já que o primeiro tem suas balizas fincadas no constante processo de evolução da sociedade, com o fito de que seus Diplomas Legislativos e institutos não fiquem inquinados de inaptidão e arcaísmo, em total descompasso com a realidade vigente. A segunda, por sua vez, apresenta estrutural dependência das regras consolidadas pelo Ordenamento Pátrio, cujo escopo primevo é assegurar que não haja uma vingança privada, afastando, por extensão, qualquer ranço que rememore priscas eras em que o homem valorizava a Lei de Talião (“Olho por olho, dente por dente”), bem como para evitar que se robusteça um cenário caótico no seio da coletividade.

Ademais, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, imprescindível se fez adotá-la como maciço axioma de sustentação do Ordenamento Brasileiro, precipuamente quando se objetiva a amoldagem do texto legal, genérico e abstrato, aos complexos anseios e múltiplas necessidades que influenciam a realidade contemporânea. Ao lado disso, há que se citar o voto magistral voto proferido pelo Ministro Eros Grau, ao apreciar a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº. 46/DF, “*o direito é um*

organismo vivo, peculiar porém porque não envelhece, nem permanece jovem, pois é contemporâneo à realidade. O direito é um dinamismo. Essa, a sua força, o seu fascínio, a sua beleza”[2]. Como bem pontuado, o fascínio da Ciência Jurídica jaz, justamente, na constante e imprescindível mutabilidade que apresenta, decorrente do dinamismo que reverbera na sociedade e orienta a aplicação dos Diplomas Legais e os institutos jurídicos neles consagrados.

Ainda neste substrato de exposição, pode-se evidenciar que a concepção pós-positivista que passou a permear o Direito, ofertou, por via de consequência, uma rotunda independência dos estudiosos e profissionais da Ciência Jurídica. Aliás, há que se citar o entendimento de Verdan, *“esta doutrina é o ponto culminante de uma progressiva evolução acerca do valor atribuído aos princípios em face da legislação”*[3]. Destarte, a partir de uma análise profunda dos mencionados sustentáculos, infere-se que o ponto central da corrente pós-positivista cinge-se à valoração da robusta tábua principiológica que Direito e, por conseguinte, o arcabouço normativo passando a figurar, nesta tela, como normas de cunho vinculante, flâmulas hasteadas a serem adotadas na aplicação e interpretação do conteúdo das leis, diante das situações concretas.

Nas últimas décadas, o aspecto de mutabilidade tornou-se ainda mais evidente, em especial, quando se analisa a construção de novos que derivam da Ciência Jurídica. Entre estes, cuida destacar a ramificação ambiental, considerando como um ponto de congruência da formação de novos ideários e cânones, motivados, sobretudo, pela premissa de um manancial de novos valores adotados. Nesta trilha de argumentação, de

boa técnica se apresenta os ensinamentos de Fernando de Azevedo Alves Brito que, em seu artigo, aduz: “Com a intensificação, entretanto, do interesse dos estudiosos do Direito pelo assunto, passou-se a desvendar as peculiaridades ambientais, que, por estarem muito mais ligadas às ciências biológicas, até então era marginalizadas”^[4]. Assim, em decorrência da proeminência que os temas ambientais vêm, de maneira paulatina, alcançando, notadamente a partir das últimas discussões internacionais envolvendo a necessidade de um desenvolvimento econômico pautado em sustentabilidade, não é raro que prospere, mormente em razão de novos fatores, um verdadeiro remodelamento ou mesmo uma releitura dos conceitos que abalizam a ramificação ambiental do Direito, com o fito de permitir que ocorra a conservação e recuperação das áreas degradadas, primacialmente as culturais.

Ademais, há de ressaltar ainda que o direito ambiental passou a figurar, especialmente, depois das décadas de 1950 e 1960, como um elemento integrante da farta e sólida tábua de direitos fundamentais. Calha realçar que mais contemporâneos, os direitos que constituem a terceira dimensão recebem a alcunha de direitos de fraternidade ou, ainda, de solidariedade, contemplando, em sua estrutura, uma patente preocupação com o destino da humanidade^[5]. Ora, daí se verifica a inclusão de meio ambiente como um direito fundamental, logo, está umbilicalmente atrelado com humanismo e, por extensão, a um ideal de sociedade mais justa e solidária. Nesse sentido, ainda, é plausível citar o artigo 3º., inciso I, da Carta Política de 1988 que abriga em sua redação tais pressupostos como os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direitos: “**Art. 3º** - *Constituem objetivos fundamentais da*

República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária”[6].

Ainda nesta esteira, é possível verificar que a construção dos direitos encampados sob a rubrica de terceira dimensão tende a identificar a existência de valores concernentes a uma determinada categoria de pessoas, consideradas enquanto unidade, não mais prosperando a típica fragmentação individual de seus componentes de maneira isolada, tal como ocorria em momento pretérito. Com o escopo de ilustrar, de maneira pertinente as ponderações vertidas, insta trazer à colação o entendimento do Ministro Celso de Mello, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade N°. 1.856/RJ, em especial quando destaca:

Cabe assinalar, Senhor Presidente, que os direitos de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos, genericamente, e de modo difuso, a todos os integrantes dos agrupamentos sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem, por isso mesmo, ao lado dos denominados direitos de quarta geração (como o direito ao desenvolvimento e o direito à paz), um momento importante no processo de expansão e reconhecimento dos direitos humanos, qualificados estes, enquanto valores fundamentais indisponíveis, como prerrogativas impregnadas de uma natureza essencialmente inexaurível[7].

Quadra anotar que os direitos alocados sob a rubrica de *direito de terceira dimensão* encontram como assento primordial a visão da

espécie humana na condição de coletividade, superando, via de consequência, a tradicional visão que está pautada no ser humano em sua individualidade. Assim, a preocupação identificada está alicerçada em direitos que são coletivos, cujas influências afetam a todos, de maneira indiscriminada. Ao lado do exposto, cuida mencionar, segundo Bonavides, que tais direitos “*têm primeiro por destinatários o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta*”[8]. Com efeito, os direitos de terceira dimensão, dentre os quais se inclui ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, positivado na Constituição de 1988, emerge com um claro e tangível aspecto de familiaridade, como ápice da evolução e concretização dos direitos fundamentais.

2 Comentários à concepção de Meio Ambiente

Em uma primeira plana, ao lançar mão do sedimentado jurídico-doutrinário apresentado pelo inciso I do artigo 3º da Lei Nº. 6.938, de 31 de agosto de 1981[9], que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências, salienta que o meio ambiente consiste no conjunto e conjunto de condições, leis e influências de ordem química, física e biológica que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas. Pois bem, com o escopo de promover uma facilitação do aspecto conceitual apresentado, é possível verificar que o meio ambiente se assenta em um complexo diálogo de fatores abióticos, provenientes de ordem química e física, e bióticos, consistentes nas plurais e diversificadas formas de seres viventes. Consoante os ensinamentos apresentados por José Afonso da Silva, considera-se meio-ambiente como “*a interação do conjunto de*

elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas”[10].

Nesta senda, ainda, Fiorillo[11], ao tecer comentários acerca da acepção conceitual de meio ambiente, coloca em destaque que tal tema se assenta em um ideário jurídico indeterminado, incumbindo, ao intérprete das leis, promover o seu preenchimento. Dada à fluidez do tema, é possível colocar em evidência que o meio ambiente encontra íntima e umbilical relação com os componentes que cercam o ser humano, os quais são de imprescindível relevância para a sua existência. O Ministro Luiz Fux, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade N°. 4.029/AM, salientou, com bastante pertinência, que:

(...) o meio ambiente é um conceito hoje geminado com o de saúde pública, saúde de cada indivíduo, sadia qualidade de vida, diz a Constituição, é por isso que estou falando de saúde, e hoje todos nós sabemos que ele é imbricado, é conceitualmente geminado com o próprio desenvolvimento. Se antes nós dizíamos que o meio ambiente é compatível com o desenvolvimento, hoje nós dizemos, a partir da Constituição, tecnicamente, que não pode haver desenvolvimento senão com o meio ambiente ecologicamente equilibrado. A geminação do conceito me parece de rigor técnico, porque salta da própria Constituição Federal[12].

É denotável, desta sorte, que a constitucionalização do meio ambiente no Brasil viabilizou um verdadeiro salto qualitativo, no que

concerne, especificamente, às normas de proteção ambiental. Tal fato decorre da premissa que os robustos corolários e princípios norteadores foram alçados ao patamar constitucional, assumindo colocação eminente, ao lado das liberdades públicas e dos direitos fundamentais. Superadas tais premissas, aprovou o Constituinte, ao entalhar a Carta Política Brasileira, ressoando os valores provenientes dos direitos de terceira dimensão, insculpir na redação do artigo 225, conceder amplo e robusto respaldo ao meio ambiente como pilar integrante dos direitos fundamentais. *“Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, as normas de proteção ambiental são alçadas à categoria de normas constitucionais, com elaboração de capítulo especialmente dedicado à proteção do meio ambiente”*[13]. Nesta toada, ainda, é observável que o *caput* do artigo 225 da Constituição Federal de 1988[14] está abalizado em quatro pilares distintos, robustos e singulares que, em conjunto, dão corpo a toda tábua ideológica e teórica que assegura o substrato de edificação da ramificação ambiental.

Primeiramente, em decorrência do tratamento dispensado pelo artífice da Constituição Federal, o meio ambiente foi içado à condição de direito de todos, presentes e futuras gerações. É encarado como algo pertencente a toda coletividade, assim, por esse prisma, não se admite o emprego de qualquer distinção entre brasileiro nato, naturalizado ou estrangeiro, destacando-se, sim, a necessidade de preservação, conservação e não-poluição. O artigo 225, devido ao cunho de direito difuso que possui, extrapola os limites territoriais do Estado Brasileiro, não ficando centrado, apenas, na extensão nacional, compreendendo toda

a humanidade. Neste sentido, o Ministro Celso de Mello, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 1.856/RJ, destacou que:

A preocupação com o meio ambiente - que hoje transcende o plano das presentes gerações, para também atuar em favor das gerações futuras (...) tem constituído, por isso mesmo, objeto de regulações normativas e de proclamações jurídicas, que, ultrapassando a província meramente doméstica do direito nacional de cada Estado soberano, projetam-se no plano das declarações internacionais, que refletem, em sua expressão concreta, o compromisso das Nações com o indeclinável respeito a esse direito fundamental que assiste a toda a Humanidade[15].

O termo “todos”, aludido na redação do *caput* do artigo 225 da Constituição Federal de 1988, faz menção aos já nascidos (presente geração) e ainda aqueles que estão por nascer (futura geração), cabendo àqueles zelar para que esses tenham à sua disposição, no mínimo, os recursos naturais que hoje existem. Tal fato encontra como arrimo a premissa que foi reconhecido ao gênero humano o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao gozo de condições de vida adequada, em ambiente que permita desenvolver todas as suas potencialidades em clima de dignidade e bem-estar. Pode-se considerar como um direito transgeracional, ou seja, ultrapassa as gerações, logo, é viável afirmar que o meio-ambiente é um direito público subjetivo. Desta feita, o ideário de que o meio ambiente substancializa patrimônio público a ser imperiosamente assegurado e protegido pelos organismos sociais e pelas

instituições estatais, qualificando verdadeiro encargo irrenunciável que se impõe, objetivando sempre o benefício das presentes e das futuras gerações, incumbindo tanto ao Poder Público quanto à coletividade considerada em si mesma.

Assim, decorrente de tal fato, produz efeito *erga omnes*, sendo, portanto, oponível contra a todos, incluindo pessoa física/natural ou jurídica, de direito público interno ou externo, ou mesmo de direito privado, como também ente estatal, autarquia, fundação ou sociedade de economia mista. Impera, também, evidenciar que, como um direito difuso, não subsiste a possibilidade de quantificar quantas são as pessoas atingidas, pois a poluição não afeta tão só a população local, mas sim toda a humanidade, pois a coletividade é indeterminada. Nesta senda, o direito à interidade do meio ambiente substancializa verdadeira prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, ressoando a expressão robusta de um poder deferido, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas num sentido mais amplo, atribuído à própria coletividade social.

Com a nova sistemática entabulada pela redação do artigo 225 da Carta Maior, o meio-ambiente passou a ter autonomia, tal seja não está vinculada a lesões perpetradas contra o ser humano para se agasalhar das reprimendas a serem utilizadas em relação ao ato perpetrado. Figura-se, *ergo*, como bem de uso comum do povo o segundo pilar que dá corpo aos sustentáculos do tema em tela. O axioma a ser esmiuçado, está atrelado o meio-ambiente como vetor da sadia qualidade de vida, ou seja, manifesta-se na salubridade, precipuamente, ao vincular a espécie humana está se tratando do bem-estar e condições mínimas de existência. Igualmente, o sustentáculo em análise se corporifica também na hígidez,

ao cumprir os preceitos de ecologicamente equilibrado, salvaguardando a vida em todas as suas formas (diversidade de espécies).

Por derradeiro, o quarto pilar é a corresponsabilidade, que impõe ao Poder Público o dever geral de se responsabilizar por todos os elementos que integram o meio ambiente, assim como a condição positiva de atuar em prol de resguardar. Igualmente, tem a obrigação de atuar no sentido de zelar, defender e preservar, asseverando que o meio-ambiente permaneça intacto. Aliás, este último se diferencia de conservar que permite a ação antrópica, viabilizando melhorias no meio ambiente, trabalhando com as premissas de desenvolvimento sustentável, aliando progresso e conservação. Por seu turno, o cidadão tem o dever negativo, que se apresenta ao não poluir nem agredir o meio-ambiente com sua ação. Além disso, em razão da referida corresponsabilidade, são titulares do meio ambiente os cidadãos da presente e da futura geração.

3 Meio Ambiente e Patrimônio Cultural: Aspectos Introdutórios

Quadra salientar que o meio ambiente cultural é constituído por bens culturais, cuja acepção compreende aqueles que possuem valor histórico, artístico, paisagístico, arqueológico, espeleológico, fossilífero, turístico, científico, refletindo as características de uma determinada sociedade. Ao lado disso, quadra anotar que a cultura identifica as sociedades humanas, sendo formada pela história e maciçamente influenciada pela natureza, como localização geográfica e clima. Com efeito, o meio ambiente cultural decorre de uma intensa interação entre homem e natureza, porquanto aquele constrói o seu meio, e toda sua atividade e percepção são conformadas pela sua cultura. *“A cultura brasileira é o resultado daquilo que era próprio das populações*

tradicionais indígenas e das transformações trazidas pelos diversos grupos colonizadores e escravos africanos”[16]. Desta maneira, a proteção do patrimônio cultural se revela como instrumento robusto da sobrevivência da própria sociedade.

Nesta toada, ao se analisar o meio ambiente cultural, enquanto complexo macrossistema, é perceptível que é algo incorpóreo, abstrato, fluido, constituído por bens culturais materiais e imateriais portadores de referência à memória, à ação e à identidade dos distintos grupos formadores da sociedade brasileira. Meirelles anota que “*o conceito de patrimônio histórico e artístico nacional abrange todos os bens moveis e imóveis, existentes no País, cuja conservação seja de interesse público, por sua vinculação a fatos memoráveis da História pátria ou por seu excepcional valor artístico, arqueológico, etnográfico, bibliográfico e ambiental*”[17]. Quadra anotar que os bens compreendidos pelo patrimônio cultural compreendem tanto realizações antrópicas como obras da Natureza; preciosidades do passado e obras contemporâneas.

Nesta esteira, é possível subclassificar o meio ambiente cultural em duas espécies distintas, quais sejam: uma concreta e outra abstrata. Neste passo, o meio-ambiente cultural concreto, também denominado material, se revela materializado quando está transfigurado em um objeto classificado como elemento integrante do meio-ambiente humano. Assim, é possível citar os prédios, as construções, os monumentos arquitetônicos, as estações, os museus e os parques, que albergam em si a qualidade de ponto turístico, artístico, paisagístico, arquitetônico ou histórico. Os exemplos citados alhures, em razão de todos os predicados que ostentam, são denominados de meio-ambiente cultural concreto. Acerca do tema em

comento, é possível citar o robusto entendimento jurisprudencial firmado pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar, ao apreciar o Recurso Especial N° 115.599/RS:

Ementa: Meio Ambiente. Patrimônio cultural. Destruição de dunas em sítios arqueológicos. Responsabilidade civil. Indenização. O autor da destruição de dunas que encobriam sítios arqueológicos deve indenizar pelos prejuízos causados ao meio ambiente, especificamente ao meio ambiente natural (dunas) e ao meio ambiente cultural (jazidas arqueológicas com cerâmica indígena da Fase Vieira). Recurso conhecido em parte e provido. (Superior Tribunal de Justiça – Quarta Turma/ REsp 115.599/RS/ Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar/ Julgado em 27.06.2002/ Publicado no Diário da Justiça em 02.09.2002, p. 192).

Diz-se, de outro modo, o meio-ambiente cultural abstrato, chamado, ainda, de imaterial, quando este não se apresenta materializado no meio-ambiente humano, sendo, deste modo, considerado como a cultura de um povo ou mesmo de uma determinada comunidade. Da mesma maneira, são alcançados por tal acepção a língua e suas variações regionais, os costumes, os modos e como as pessoas relacionam-se, as produções acadêmicas, literárias e científicas, as manifestações decorrentes de cada identidade nacional e/ou regional. Neste sentido, é possível colacionar o entendimento firmado pelo Tribunal Regional Federal da Segunda Região, quando, ao apreciar a Apelação Cível N°

2005251015239518, firmou entendimento que “*expressões tradicionais e termos de uso corrente, trivial e disseminado, reproduzidos em dicionários, integram o patrimônio cultural de um povo*”[18]. Esses aspectos constituem, sem distinção, abstratamente o meio-ambiente cultural. Consoante aponta Brollo, “*o patrimônio cultural imaterial transmite-se de geração a geração e é constantemente recriado pelas comunidades e grupos em função de seu ambiente*”[19], decorrendo, com destaque, da interação com a natureza e dos acontecimentos históricos que permeiam a população.

O Decreto Nº. 3.551, de 04 de Agosto de 2000[20], que institui o registro de bens culturais de natureza imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro, cria o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial e dá outras providências, consiste em instrumento efetivo para a preservação dos bens imateriais que integram o meio-ambiente cultural. Como bem aponta Brollo[21], em seu magistério, o aludido decreto não instituiu apenas o registro de bens culturais de natureza imaterial que integram o patrimônio cultural brasileiro, mas também estruturou uma política de inventariança, referenciamento e valorização desse patrimônio. Ejeta-se, segundo o entendimento firmado por Celso Fiorillo[22], que os bens que constituem o denominado patrimônio cultural consistem na materialização da história de um povo, de todo o caminho de sua formação e reafirmação de seus valores culturais, os quais têm o condão de substancializar a identidade e a cidadania dos indivíduos inseridos em uma determinada comunidade. Necessário se faz salientar que o meio-ambiente cultural, conquanto seja artificial, difere-se do meio-ambiente humano em razão do aspecto cultural que o caracteriza, sendo dotado de

valor especial, notadamente em decorrência de produzir um sentimento de identidade no grupo em que se encontra inserido, bem como é propiciada a constante evolução fomentada pela atenção à diversidade e à criatividade humana.

4 O Plano Nacional de Cultura em análise: Primeiros Comentários à Lei nº 12.343/2010

Em um primeiro momento, cuida assinalar que o Plano Nacional de Cultura reflete os ideários axiológicos encerrados no artigo 215, §3º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988[23], sendo norteado pelos seguintes preceitos: (i) liberdade de expressão, criação e fruição; (ii) diversidade cultural; (iii) respeito aos direitos humanos; (iv) direito de todos à arte e à cultura; (v) direito à informação, à comunicação e à crítica cultural; (vi) direito à memória e às tradições; (vii) responsabilidade socioambiental; (viii) valorização da cultura como vetor do desenvolvimento sustentável; (ix) democratização das instâncias de formulação das políticas culturais; (x) responsabilidade dos agentes públicos pela implementação das políticas culturais; (xi) colaboração entre agentes públicos e privados para o desenvolvimento da economia da cultura; (xii) participação e controle social na formulação e acompanhamento das políticas culturais. Igualmente, a Lei nº 12.343, de 02 de Dezembro de 2010[24], que institui o Plano Nacional de Cultura – PNC, cria o Sistema Nacional de Informações e Indicadores Culturais – SNIIC e dá outras providências, em seu artigo 2º, estabelece que são objetivos: (i) reconhecer e valorizar a diversidade cultural, étnica e regional brasileira; (ii) proteger e promover o patrimônio histórico e artístico, material e imaterial; (iii) valorizar e difundir as criações

artísticas e os bens culturais; (iv) promover o direito à memória por meio dos museus, arquivos e coleções; (v) universalizar o acesso à arte e à cultura; (vi) estimular a presença da arte e da cultura no ambiente educacional; (vii) estimular o pensamento crítico e reflexivo em torno dos valores simbólicos; (viii) estimular a sustentabilidade socioambiental; (ix) desenvolver a economia da cultura, o mercado interno, o consumo cultural e a exportação de bens, serviços e conteúdos culturais; (x) reconhecer os saberes, conhecimentos e expressões tradicionais e os direitos de seus detentores; (xi) qualificar a gestão na área cultural nos setores público e privado; (xii) profissionalizar e especializar os agentes e gestores culturais; (xiii) descentralizar a implementação das políticas públicas de cultura; (xiv) consolidar processos de consulta e participação da sociedade na formulação das políticas culturais; (xv) ampliar a presença e o intercâmbio da cultura brasileira no mundo contemporâneo; (xvi) articular e integrar sistemas de gestão cultural.

O Plano Nacional de Cultura, ainda, estabelece uma série de atribuições do Poder Público no que concerne à tutela da cultura, assentando, em seu artigo 3º, com clareza ofuscante, que compete àquele: (i) formular políticas públicas e programas que conduzam à efetivação dos objetivos, diretrizes e metas do Plano; (ii) garantir a avaliação e a mensuração do desempenho do Plano Nacional de Cultura e assegurar sua efetivação pelos órgãos responsáveis; (iii) fomentar a cultura de forma ampla, por meio da promoção e difusão, da realização de editais e seleções públicas para o estímulo a projetos e processos culturais, da concessão de apoio financeiro e fiscal aos agentes culturais, da adoção de subsídios econômicos, da implantação regulada de fundos públicos e

privados, entre outros incentivos, nos termos da lei; (iv) proteger e promover a diversidade cultural, a criação artística e suas manifestações e as expressões culturais, individuais ou coletivas, de todos os grupos étnicos e suas derivações sociais, reconhecendo a abrangência da noção de cultura em todo o território nacional e garantindo a multiplicidade de seus valores e formações; (v) promover e estimular o acesso à produção e ao empreendimento cultural; a circulação e o intercâmbio de bens, serviços e conteúdos culturais; e o contato e a fruição do público com a arte e a cultura de forma universal; (vi) garantir a preservação do patrimônio cultural brasileiro, resguardando os bens de natureza material e imaterial, os documentos históricos, acervos e coleções, as formações urbanas e rurais, as línguas e cosmologias indígenas, os sítios arqueológicos pré-históricos e as obras de arte, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência aos valores, identidades, ações e memórias dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira.

Igualmente, incumbe, ainda, ao Poder Público: (i) articular as políticas públicas de cultura e promover a organização de redes e consórcios para a sua implantação, de forma integrada com as políticas públicas de educação, comunicação, ciência e tecnologia, direitos humanos, meio ambiente, turismo, planejamento urbano e cidades, desenvolvimento econômico e social, indústria e comércio, relações exteriores, dentre outras; (ii) dinamizar as políticas de intercâmbio e a difusão da cultura brasileira no exterior, promovendo bens culturais e criações artísticas brasileiras no ambiente internacional; dar suporte à presença desses produtos nos mercados de interesse econômico e geopolítico do País; (iii) organizar instâncias consultivas e de participação

da sociedade para contribuir na formulação e debater estratégias de execução das políticas públicas de cultura; (x) regular o mercado interno, estimulando os produtos culturais brasileiros com o objetivo de reduzir desigualdades sociais e regionais, profissionalizando os agentes culturais, formalizando o mercado e qualificando as relações de trabalho na cultura, consolidando e ampliando os níveis de emprego e renda, fortalecendo redes de colaboração, valorizando empreendimentos de economia solidária e controlando abusos de poder econômico; (xi) coordenar o processo de elaboração de planos setoriais para as diferentes áreas artísticas, respeitando seus desdobramentos e segmentações, e também para os demais campos de manifestação simbólica identificados entre as diversas expressões culturais e que reivindicuem a sua estruturação nacional; (xii) incentivar a adesão de organizações e instituições do setor privado e entidades da sociedade civil às diretrizes e metas do Plano Nacional de Cultura por meio de ações próprias, parcerias, participação em programas e integração ao Sistema Nacional de Informações e Indicadores Culturais - SNIIC.

Ao lado disso, o artigo 3º^[25] comina que o Sistema Nacional de Cultura - SNC, criado por lei específica, será o principal articulador federativo do PNC, estabelecendo mecanismos de gestão compartilhada entre os entes federados e a sociedade civil. A vinculação dos Estados, Distrito Federal e Municípios às diretrizes e metas do Plano Nacional de Cultura far-se-á por meio de termo de adesão voluntária, na forma do regulamento. Ademais, os entes da Federação que aderirem ao Plano Nacional de Cultura deverão elaborar os seus planos decenais até 1 (um) ano após a assinatura do termo de adesão voluntária. O Poder Executivo

federal, observados os limites orçamentários e operacionais, poderá oferecer assistência técnica e financeira aos entes da federação que aderirem ao Plano, nos termos de regulamento. Segundo o texto legal, poderão colaborar com o Plano Nacional de Cultura, em caráter voluntário, outros entes, públicos e privados, tais como empresas, organizações corporativas e sindicais, organizações da sociedade civil, fundações, pessoas físicas e jurídicas que se mobilizem para a garantia dos princípios, objetivos, diretrizes e metas do PNC, estabelecendo termos de adesão específicos. Por derradeiro, o artigo supramencionado estabelece que o Ministério da Cultura exercerá a função de coordenação executiva do Plano Nacional de Cultura - PNC, conforme esta Lei, ficando responsável pela organização de suas instâncias, pelos termos de adesão, pela implantação do Sistema Nacional de Informações e Indicadores Culturais - SNIIC, pelo estabelecimento de metas, pelos regimentos e demais especificações necessárias à sua implantação.

O Plano Nacional de Cultura estabelece, ao versar acerca do Sistema de Monitoramento e Avaliação, que compete ao Ministério da Cultura monitorar e avaliar periodicamente o alcance das diretrizes e eficácia das metas do Plano Nacional de Cultura com base em indicadores nacionais, regionais e locais que quantifiquem a oferta e a demanda por bens, serviços e conteúdos, os níveis de trabalho, renda e acesso da cultura, de institucionalização e gestão cultural, de desenvolvimento econômico-cultural e de implantação sustentável de equipamentos culturais. Neste aspecto, ainda, o processo de monitoramento e avaliação do PNC contará com a participação do Conselho Nacional de Política Cultural, tendo o apoio de especialistas, técnicos e agentes culturais, de

institutos de pesquisa, de universidades, de instituições culturais, de organizações e redes socioculturais, além do apoio de outros órgãos colegiados de caráter consultivo, na forma do regulamento. Por sua vez, o Sistema Nacional de Informações e Indicadores Culturais - SNIIC, instituído pelo artigo 9º[26], é dotado dos seguintes objetivos: (i) coletar, sistematizar e interpretar dados, fornecer metodologias e estabelecer parâmetros à mensuração da atividade do campo cultural e das necessidades sociais por cultura, que permitam a formulação, monitoramento, gestão e avaliação das políticas públicas de cultura e das políticas culturais em geral, verificando e racionalizando a implementação do PNC e sua revisão nos prazos previstos; (ii) disponibilizar estatísticas, indicadores e outras informações relevantes para a caracterização da demanda e oferta de bens culturais, para a construção de modelos de economia e sustentabilidade da cultura, para a adoção de mecanismos de indução e regulação da atividade econômica no campo cultural, dando apoio aos gestores culturais públicos e privados; (iii) exercer e facilitar o monitoramento e avaliação das políticas públicas de cultura e das políticas culturais em geral, assegurando ao poder público e à sociedade civil o acompanhamento do desempenho do PNC.

Por fim, o Sistema Nacional de Informações e Indicadores Culturais - SNIIC terá as seguintes características: (i) obrigatoriedade da inserção e atualização permanente de dados pela União e pelos Estados, Distrito Federal e Municípios que vierem a aderir ao Plano; (ii) caráter declaratório; (iii) processos informatizados de declaração, armazenamento e extração de dados; (iv) ampla publicidade e transparência para as informações declaradas e sistematizadas, preferencialmente em meios

digitais, atualizados tecnologicamente e disponíveis na rede mundial de computadores. O declarante será responsável pela inserção de dados no programa de declaração e pela veracidade das informações inseridas na base de dados. As informações coletadas serão processadas de forma sistêmica e objetiva e deverão integrar o processo de monitoramento e avaliação do PNC. O Ministério da Cultura poderá promover parcerias e convênios com instituições especializadas na área de economia da cultura, de pesquisas socioeconômicas e demográficas para a constituição do Sistema Nacional de Informações e Indicadores Culturais - SNIIC.

Referência:

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21 ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros Ltda., 2007.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 12 mar. 2015.

_____. **Decreto N° 3.551, de 04 de Agosto de 2000**. Institui o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro, cria o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 12 mar. 2015.

_____. **Decreto-Lei N° 25, de 30 de novembro de 1937**. Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 12 mar. 2015.

_____. **Lei N°. 6.938, de 31 de Agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de

formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 12 mar. 2015.

_____. **Lei nº 12.343, de 02 de Dezembro de 2010.** Institui o Plano Nacional de Cultura – PNC, cria o Sistema Nacional de Informações e Indicadores Culturais – SNIIC e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 12 mar. 2015.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 12 mar. 2015.

_____. **Tribunal Regional Federal da Segunda Região.** Disponível em: <www.trf2.jus.br>. Acesso em 12 mar. 2015.

BRITO, Fernando de Azevedo Alves. A hodierna classificação do meio-ambiente, o seu remodelamento e a problemática sobre a existência ou a inexistência das classes do meio-ambiente do trabalho e do meio-ambiente misto. **Boletim Jurídico**, Uberaba, a. 5, n. 968. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br>>. Acesso em 12 mar. 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 24 ed, rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro.** 13 ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro,** 38 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012.

MINAS GERAIS (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.** Disponível em: <www.tjmg.jus.br>. Acesso em 12 mar. 2015.

MOTTA, Sylvio; DOUGLAS, Willian. **Direito Constitucional – Teoria, Jurisprudência e 1.000 Questões** 15 ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2004.

RIO GRANDE DO SUL (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em 12 mar. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental: Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

THOMÉ, Romeu. **Manual de Direito Ambiental: Conforme o Novo Código Florestal e a Lei Complementar 140/2011**. 2 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012.

VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br>>. Acesso em 12 mar. 2015.

NOTAS:

[1] VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br>>. Acesso em 12 mar. 2015, s.p.

[2] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental N.º 46/DF. Empresa Pública de Correios e Telégrafos. Privilégio de Entrega de Correspondências. Serviço Postal. Controvérsia referente à Lei Federal 6.538, de 22 de Junho de 1978. Ato Normativo que regula direitos e obrigações concernentes ao

Serviço Postal. Previsão de Sanções nas Hipóteses de Violação do Privilégio Postal. Compatibilidade com o Sistema Constitucional Vigente. Alegação de afronta ao disposto nos artigos 1º, inciso IV; 5º, inciso XIII, 170, caput, inciso IV e parágrafo único, e 173 da Constituição do Brasil. Violação dos Princípios da Livre Concorrência e Livre Iniciativa. Não Caracterização. Arguição Julgada Improcedente. Interpretação conforme à Constituição conferida ao artigo 42 da Lei N. 6.538, que estabelece sanção, se configurada a violação do privilégio postal da União. Aplicação às atividades postais descritas no artigo 9º, da lei. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marcos Aurélio. Julgado em 05 ag. 2009. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 12 mar. 2015.

[3] VERDAN, 2009, s.p.

[4] BRITO, Fernando de Azevedo Alves. A hodierna classificação do meio-ambiente, o seu remodelamento e a problemática sobre a existência ou a inexistência das classes do meio-ambiente do trabalho e do meio-ambiente misto. **Boletim Jurídico**, Uberaba, ano 5, n. 968. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br>>. Acesso em 12 mar. 2015.

[5] MOTTA, Sylvio; DOUGLAS, Willian. **Direito Constitucional – Teoria, Jurisprudência e 1.000 Questões** 15 ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2004, p. 69.

[6] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 12 mar. 2015.

[7] *Idem*. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 1.856/RJ. Ação Direta De Inconstitucionalidade - Briga de galos (Lei Fluminense Nº 2.895/98) -

Legisla o Estadual que, pertinente a exposi es e a competi es entre aves das raças combatentes, favorece essa prática criminosa - Diploma Legislativo que estimula o cometimento de atos de crueldade contra galos de briga - Crime Ambiental (Lei N  9.605/98, ART. 32) - Meio Ambiente - Direito   preserva o de sua integridade (CF, Art. 225) - Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade - Direito de terceira gera o (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade - Prote o constitucional da fauna (CF, Art. 225,   1 , VII) - Descaracteriza o da briga de galo como manifesta o cultural - Reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei Estadual impugnada - A o Direta procedente. Legisla o Estadual que autoriza a realiza o de exposi es e competi es entre aves das raças combatentes - Norma que institucionaliza a prática de crueldade contra a fauna - Inconstitucionalidade. .  rgo Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 26 mai. 2011. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 12 mar. 2015.

[8] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21 ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros Ltda., 2007, p. 569.

[9] BRASIL. **Lei N . 6.938, de 31 de Agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formula o e aplica o, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 12 mar. 2015.

[10] SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p.20.

[11] FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 13 ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 77.

[12] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 4.029/AM. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei Federal Nº 11.516/07. Criação do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade. Legitimidade da Associação Nacional dos Servidores do IBAMA. Entidade de Classe de Âmbito Nacional. Violação do art. 62, caput e § 9º, da Constituição. Não emissão de parecer pela Comissão Mista Parlamentar. Inconstitucionalidade dos artigos 5º, caput, e 6º, caput e parágrafos 1º e 2º, da Resolução Nº 1 de 2002 do Congresso Nacional. Modulação dos Efeitos Temporais da Nulidade (Art. 27 da Lei 9.868/99). Ação Direta Parcialmente Procedente. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgado em 08 mar. 2012. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 12 mar. 2015.

[13] THOMÉ, Romeu. **Manual de Direito Ambiental: Conforme o Novo Código Florestal e a Lei Complementar 140/2011**. 2 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012, p. 116.

[14] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 12 mar. 2015: “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

[15] *Idem*. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 1.856/RJ. Ação Direta De Inconstitucionalidade - Briga de galos (Lei Fluminense Nº 2.895/98) - Legislação Estadual que, pertinente a exposições e a competições entre aves das raças combatentes, favorece essa prática criminosa - Diploma Legislativo que estimula o cometimento de atos de crueldade contra galos de briga - Crime Ambiental (Lei Nº 9.605/98, ART. 32) - Meio Ambiente - Direito à preservação de sua integridade (CF, Art. 225) - Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade - Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade - Proteção constitucional da fauna (CF, Art. 225, § 1º, VII) - Descaracterização da briga de galo como manifestação cultural - Reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei Estadual impugnada - Ação Direta procedente. Legislação Estadual que autoriza a realização de exposições e competições entre aves das raças combatentes - Norma que institucionaliza a prática de crueldade contra a fauna - Inconstitucionalidade. . Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 26 mai. 2011. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 12 mar. 2015.

[16] BROLLO, Sílvia Regina Salau. **Tutela Jurídica do meio ambiente cultural: Proteção contra a exportação ilícita dos bens culturais**. 106f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2006. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde_arquivos/1/TDE-2006-10-05T061948Z-421/Publico/SilviaDto.pdf>. Acesso em 12 mar. 2015, p. 15-16.

[17] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 38 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 634.

[18] BRASIL. **Tribunal Regional Federal da Segunda Região**. Acórdão proferido em Apelação Cível N° 2005251015239518. Direito da propriedade industrial. Marca fraca e marca de alto renome. Anulação de marca. Uso compartilhado de signo mercadológico (ÔMEGA). I – Expressões tradicionais e termos de uso corrente, trivial e disseminado, reproduzidos em dicionários, integram o patrimônio cultural de um povo. Palavras dotadas dessas características podem inspirar o registro de marcas, pelas peculiaridades de suas expressões eufônicas ou pela sua inegável repercussão associativa no imaginário do consumidor. II – É fraca a marca que reproduz a última letra do alfabeto grego (Omega), utilizado pelo povo helênico desde o século VIII a.C., e inserida pelos povos eslavos no alfabeto cirílico, utilizado no Império Bizantino desde o século X d.C. O propósito de sua adoção é, inegavelmente, o de fazer uso da familiaridade do consumidor com o vocábulo de uso corrente desde a Antiguidade. III – Se uma marca fraca alcançou alto renome, a ela só se pode assegurar proteção limitada, despida do jus excludendi de terceiros, que também fazem uso do mesmo signo merceológico de boa-fé e em atividade distinta. Nessas circunstâncias, não há a possibilidade de o consumidor incidir erro ou, ainda, de se configurar concorrência desleal. IV – Apelação parcialmente provida tão-somente para ajustar o pólo passivo da relação processual, fazendo constar o Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI como réu, mantida a improcedência do pedido de invalidação do registro da marca mista OMEGA (n° 818.522.216), classe 20 (móveis e acessórios de cozinha), formulado por

Ômega S.A. Órgão Julgador: Segunda Turma Especializada. Relator: Desembargador Federal André Fontes. Julgado em 25.08.2007. Disponível em: <www.trf2.jus.br>. Acesso em 12 mar. 2015.

[19] BROLLO, 2006, p. 33.

[20] BRASIL. **Decreto Nº 3.551, de 04 de Agosto de 2000**. Institui o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro, cria o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 12 mar. 2015.

[21] BROLLO, 2006, p. 33.

[22] FIORILLO, 2012, p. 80.

[23] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 12 mar. 2015.

[24] BRASIL. **Lei nº 12.343, de 02 de Dezembro de 2010**. Institui o Plano Nacional de Cultura – PNC, cria o Sistema Nacional de Informações e Indicadores Culturais – SNIIC e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 12 mar. 2015.

[25] BRASIL. **Lei nº 12.343, de 02 de Dezembro de 2010**. Institui o Plano Nacional de Cultura – PNC, cria o Sistema Nacional de Informações e Indicadores Culturais – SNIIC e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 12 mar. 2015.

[26] BRASIL. **Lei nº 12.343, de 02 de Dezembro de 2010**. Institui o Plano Nacional de Cultura – PNC, cria o Sistema Nacional de Informações e Indicadores Culturais – SNIIC e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 12 mar. 2015.

Conforme a NBR 6023:2000 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico publicado em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma: RANGEL, Tauã Lima Verdan. *O Plano Nacional de Cultura em análise: Primeiros Comentários à Lei nº 12.343/2010*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 19 maio 2015. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.53469>>. Acesso em: 23 maio 2015.

A EC 72/2013 E SUAS PRINCIPAIS ALTERAÇÕES NO REGIME TRABALHISTA DOS EMPREGADOS DOMÉSTICOS

JOSÉ FLÁVIO MATOS SOUZA: Bacharelando do curso de Direito da Faculdade AGES.

RESUMO: A EC 72/2013 também chamada PEC das domésticas trouxe algumas inovações no regime trabalhista dos empregados domésticos, classe de trabalhadores que sofre discriminação inclusive constitucional, não tendo todos direitos dos demais trabalhadores protegidos pela CLT, sendo aliás excluída desta. Tal proposta já aprovada pelo Senado Federal e ainda dependente de regulamentação traz dentre outros direitos a obrigatoriedade de registro em CTPS, direito ao FGTS, seguro desemprego e horas- extras.

PALAVRAS-CHAVE: empregados domésticos, direitos trabalhistas, CLT, isonomia.

1 INTRODUÇÃO

Os empregados domésticos representam a categoria de trabalhadores que sofre maiores discriminações por suas peculiaridades, sendo excluídos da CLT e discriminados curiosamente pela própria CR/88. Desta forma tentando diminuir

tais discriminações e dar maior amparo aos trabalhadores domésticos tramita no Congresso Nacional a EC72/2013 visando corrigir discriminação constitucional. O Senado Federal concluiu em maio de 2015 a votação do projeto que regulamenta a emenda, sendo alvo de debates polêmicos, como a possível demissão de empregados e substituição por diaristas, de um lado e o combate aos resquícios da escravidão, segundo defensores dos trabalhadores, devido ao perfil de pobreza, negros, residente em periferias e com pouca instrução, e por vezes ainda com exploração do trabalho infantil.

2. ISONOMIA NA CF/88

O princípio da igualdade previsto no artigo 5º cita que 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: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

Conforme Santos, em relevante artigo publicado:

O princípio da Isonomia é observado em vários preceitos constitucionais, como no art. 3º, III, 5º, I, 150, II e 226, § 5º. De qualquer forma, bastaria o Caput do art. 5º, da Constituição Federal, para consagrar na sociedade brasileira o princípio da igualdade. Na verdade, a repetição do princípio da igualdade em outras normas constitucionais, ainda

que com roupagem própria, atesta a importância que o Constituinte conferiu a este princípio.

O fim do preceito constitucional é evitar a discriminação injustificada de pessoas que se encontram em situações semelhantes, discriminações de cunho preconceituosas ou racistas, respeitando as diferenciações em suas peculiaridades.

3 A EC 72/2013

A emenda alterou o artigo parágrafo único da CF/88, passando a vigorar com a seguinte redação:

Art. 7º .

Parágrafo único. São assegurados à categoria dos trabalhadores domésticos os direitos previstos nos incisos IV, VI, VII, VIII, X, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XXI, XXII, XXIV, XXVI, XXX, XXXI e XXXIII e, atendidas as condições estabelecidas em lei e observada a simplificação do cumprimento das obrigações tributárias, principais e acessórias, decorrentes da relação de trabalho e suas peculiaridades, os previstos nos incisos I, II, III, IX, XII, XXV e XXVIII, bem como a sua integração à previdência social." (NR)

Temos que observar que já tinham os domésticos antes da vigência da emenda direito à anotação na CTPS, salário mínimo, irredutibilidade do salário, décimo terceiro salário, repouso semanal remunerado, folga em feriados, férias de 30 dias remunerada, férias proporcionais no término do contrato,

estabilidade da gestante, licenças maternidade e paternidade, auxílio doença pago pelo INSS, aviso prévio de 30 dias, aposentadoria, vale transporte e o FGTS era facultativo e caso houvesse recolhimento do FGTS, Seguro desemprego de três parcelas equivalente ao salário mínimo.

Como principais alterações, temos as que já estão em vigor a jornada semanal de 44 horas semanais com diária de 8 horas, horas extras (acima de 44 semanais) com acréscimo de 50%, redução dos riscos de trabalho (equipamentos de proteção individual), proibição de diferenciação de salários entre os empregados domésticos, proibição do trabalho noturno para os menores (pois é possível ser contratado a partir dos dezesseis anos como aprendiz).

Contudo algumas alterações ainda precisam de regulamentação e ainda entrarão em vigor o reconhecimento de convenções e acordos coletivos de trabalho, a assistência gratuita a filhos de até seis anos em idade pré-escolar, o seguro desemprego e o fundo de garantia obrigatórios com multa de 40% sobre os depósitos do FGTS no caso de demissões sem justa causa, o adicional noturno de 20% sobre a hora normal, direito a salário família, seguro de acidente do trabalho, tais direitos carecem de regulamentação,

Cabe também aos domésticos em suas relações no processo trabalhista, o princípio maior da justiça trabalhista, nas palavras do doutrinados MARTINS:

O verdadeiro princípio do processo do trabalho é o da proteção. Assim como no Direito do Trabalho, as regras são interpretadas mais favoravelmente ao empregado, em caso de dúvida no processo do trabalho também vale o princípio protecionista, porém analisado sob o aspecto do direito instrumental. (2014,p.43)

4 CONCLUSÃO

A chamada PEC das domésticas visa estender aos trabalhadores domésticos os mesmos direitos garantidos aos trabalhadores abrangidos pela CLT. Nossa CF/88 preocupou-se com os direitos trabalhistas, mas de forma curiosa tratou com discriminação os empregados domésticos, categoria de trabalhadores que carrega o estigma histórico e o perfil de exclusão social, pouca instrução, carência econômica, campo fértil para a exploração, inclusive apresentando características análogas à escravidão.

REFERÊNCIAS

MARTINS, Sérgio Pinto. Direito Processual do Trabalho. 35ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

VADEM MECUM / 2013.

Sites pesquisados

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, DF, 5 out. 1988.

Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>

Acesso em: 11 de maio. 2011.

SANTOS, Larissa Linhares Vilas Boas. O Princípio da Igualdade. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 72, jan. 2010. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7039>. Acesso em maio 2015.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc72.htm

Conforme a NBR 6023:2000 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico publicado em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma: SOUZA, José Flávio Matos. *A EC 72/2013 e suas principais alterações no regime trabalhista dos empregados domésticos*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 19 maio 2015. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.53464>>. Acesso em: 23 maio 2015.

ECA: AUSÊNCIA DE RELATÓRIO DA EQUIPE INTERPROFISSIONAL LEVA À NULIDADE DO PROCESSO

CARLOS EDUARDO RIOS DO AMARAL:
Defensor Público do Estado do Espírito Santo.

Preconiza o §4º, do Art. 186, do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), o seguinte:

“Art. 186. (...) §4º Na audiência em continuação, ouvidas as testemunhas arroladas na representação e na defesa prévia, cumpridas as diligências e juntado o relatório da equipe interprofissional, será dada a palavra ao representante do Ministério Público e ao defensor, sucessivamente, pelo tempo de vinte minutos para cada um,

prorrogável por mais dez, a critério da autoridade judiciária, que em seguida proferirá decisão”.

Da leitura do dispositivo retro, não há nenhuma dúvida, o relatório da equipe interprofissional deverá ser juntado aos autos da ação socioeducativa.

Noutras palavras, deixar de se juntar o relatório da equipe interprofissional no processo é, em primeira e última análise, negar vigência ao disposto no §4º, do Art. 186, do ECA.

E a razão de ser do dispositivo é por demais óbvia e evidente: Juízes de Direito, Promotores de Justiça e Defensores Públicos titulares das Varas Especializadas da Infância e da Juventude não podem jamais subrogarem-se nas atividades privativas de Assistentes Sociais, Psicólogos, Pedagogos e outras que exigem formação superior especializada.

Muito menos a oitiva de policiais militares ou civis e da vítima em audiência constituem-se em início de relatório da equipe interprofissional de que trata §4º, do Art. 186, do ECA. Nem de longe.

A instrução da ação socioeducativa não se satisfaz apenas com a apuração da autoria e da materialidade do ato infracional. A ação socioeducativa não se confunde com a ação penal de maiores imputáveis que tramitam nas Varas Criminais comuns.

De acordo com o ECA, a instrução da ação socioeducativa somente se encerrará após esgotado o estudo completo sobre o meio social e familiar do menor, as suas circunstâncias de vida e as condições em que se deu a prática da infração. O que só acontece através do apontado relatório da equipe interprofissional.

É o relatório da equipe interprofissional que dirá qual medida socioeducativa deverá ser aplicada ao adolescente, dentre aquelas elencadas no Art. 112, do ECA.

Não raras vezes, tamanha a desgraça ou infortúnio na vida do menor, dependência química ou outra desventura, que o relatório da equipe interprofissional poderá recomendar categoricamente a não aplicação de quaisquer

das medidas socioeducativas de punição, mas, sim, o deferimento de medidas específicas de proteção ao adolescente.

A aplicação de medida socioeducativa que contraria o disposto no relatório da equipe interprofissional, ou mesmo ignora a sua ausência, está fadada ao seu insucesso. Por isso mesmo, todo o processo socioeducativo que a fundamenta é nulo de pleno direito por contrariedade ao disposto na legislação específica de proteção e defesa da infância e da juventude.

Legem habemus. Olvidar a confecção do relatório da equipe interprofissional traduz-se no plano da hermenêutica em inaceitável derrogação do §4º, do Art. 186, do ECA.

Escreve Maria Josefina Becker (“Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado”, sob a coordenação de Munir Cury, Antônio Fernando do Amaral e Silva e Emílio García Mendez, Malheiros Editores, pág. 451):

“As Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Menores (Regras de Beijing) referem-se à necessidade de que seja ‘efetuada uma investigação completa sobre o meio social e as circunstâncias de vida do menor e as condições em que se deu a prática da infração’, antes da decisão, para facilitar a decisão justa da autoridade judiciária (regra 16.1, cujo comentário prevê a existência de serviços sociais que preparem relatórios especializados)”.

A autora, em referência, complementa a sua observação:

“Nos casos de apuração de ato infracional, cabe à equipe técnica emitir parecer a respeito da medida sócio-educativa (v. art. 112) mais adequada para a recuperação do adolescente, levando em conta, além do ato praticado, as condições de personalidade e as circunstâncias familiares, sociais e culturais” (Ob. cit., p. 452).

Diz Tânia da Silva Pereira, em “O Melhor Interesse da Criança” (“O Melhor Interesse da Criança: um debate Interdisciplinar”, Editora Renovar, págs. 4/5):

“As Convenções contêm regras de procedimentos flexíveis e adaptáveis às mais diversas realidades, delineando políticas legislativas a serem adotadas pelos Estados-Partes. Estes têm a obrigação de, não só respeitar os direitos reconhecidos nas convenções, mas também garantir o livre e pleno exercício dos mesmos. Conseqüentemente, os Governos têm tanto deveres positivos como negativos”.

Por último acrescento a doutrina de Edson Passetti (“Violentados, Crianças e Adolescentes e Justiça”, 2ª Edição, Editora Imaginária, pág. 110):

“Os técnicos das entidades assistenciais ou de órgãos do próprio governo municipal e estadual, da FEBEM e do Poder Judiciário, denominados no ECA por ‘equipe interprofissional’, possuem identidades de propósitos com as solicitações dos promotores e as decisões dos juízes, constituindo, assim, a tríade punitiva do ECA”.

Consagrando a literalidade do disposto no §4º, do Art. 186, do ECA, trago julgado do vanguardista Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

“LAUDO DA EQUIPE INTERPROFISSIONAL.
AUSÊNCIA. ANULAÇÃO DO PROCESSO.

A ausência de relatório da equipe interprofissional, para a recomendação da medida sócio-educativa mais adequada para a recuperação dos adolescentes, leva a anulação do processo com a cassação da sentença, ainda mais considerando que o ato infracional praticado ocorreu em sede de Juizado Regional da Infância e da Juventude. Processo anulado. Sentença cassada. (SEGredo DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº 70010363455, Oitava Câmara Cível,

ORIENTAÇÕES PARA ELABORAÇÃO DE PARECER JURÍDICO EM CONCURSOS PÚBLICOS

SADI TOLFO JUNIOR: Advogado da União. Especialista em Direito Público e Direito Administrativo. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria/RS. Assistente da Coordenação-Geral de Assuntos Estratégicos da Consultoria Jurídica do Ministério da Integração Nacional.

RESUMO: No serviço público, o parecer jurídico é utilizado como instrumento pelo qual o Advogado consultivo presta assessoramento técnico à Administração. Em vista disso, a cobrança da sua redação tem sido cada vez mais comum em provas de concurso público, exigindo do candidato conhecimento sobre as formalidades da sua redação.

Palavras-chave: Parecer jurídico. Concurso público. Redação.

ABSTRACT: In the public service, legal advice is used as an instrument by which the advisory Lawyer provides technical advice to the Administration. As a result, the collection of his writing has been increasingly common in the tendering evidence, requiring knowledge candidate on the formalities of your essay.

Keywords: Legal opinion. Public competition. Writing.

1. INTRODUÇÃO

Muito embora a redação de pareceres jurídicos tenha se tornado prática rotineira nos concursos para advocacia pública, essa peça não costuma fazer parte do cotidiano de muitos daqueles que se preparam para concursos públicos, gerando dúvidas na sua elaboração.

Por esse motivo, o intuito do presente texto é trazer algumas orientações na elaboração dessa peça, para que o candidato tenha bases seguras que evitem a perda de pontos importantes na prova.

2. ORIENTAÇÕES PARA ELABORAÇÃO DO PARECER JURÍDICO

O parecer é o instrumento jurídico pelo qual o Advogado consultivo presta assessoramento técnico ao Poder Público. Por meio dele, o advogado público desenvolve o raciocínio jurídico em torno de questionamentos formulados pela área técnica da Administração.

Nesse contexto, o art. 3º da Portaria AGU nº 1.399/2009, dispõe que “o parecer deverá ser elaborado como resultado de estudos e análises jurídicas de natureza complexa que exijam aprofundamento, como também para responder consultas que exijam a demonstração do raciocínio jurídico e o seu desenvolvimento”.

Salienta-se que parecer serve de instrumento para desenvolvimento de **raciocínio jurídico** do advogado. Portanto, deve-se ter muito cuidado durante sua elaboração para não adentrar na análise de temas técnicos, que compõem o mérito administrativo. Estes são de responsabilidade do gestor público, a quem foi atribuída competência para deliberar sobre sua conveniência e oportunidade. O enunciado nº 07 do Manual de Boas Práticas Consultivas da AGU[1] é bem claro nesse sentido:

O Órgão Consultivo não deve emitir manifestações conclusivas sobre temas não jurídicos, tais como os técnicos, administrativos ou de conveniência ou oportunidade, sem prejuízo da

possibilidade de emitir opinião ou fazer recomendações sobre tais questões, apontando tratar-se de juízo discricionário, se aplicável.

Ademais, caso adentre em questão jurídica que possa ter reflexo significativo em aspecto técnico deve apontar e esclarecer qual a situação jurídica existente que autoriza sua manifestação naquele ponto. (grifo)

Simulando situações vivenciadas pelo advogado público no cotidiano administrativo, a banca de concurso proporá um problema sobre o qual o candidato deverá elaborar o parecer, respondendo-o fundamentadamente.

Antes de qualquer coisa, é importante ler atentamente o problema colocado, grifando as informações mais importantes. A fase de planejamento da resposta é fundamental na elaboração da peça, pois o fator tempo e limitação de linhas são pontos cruciais no desenvolvimento do parecer. Um planejamento bem feito evita que se constatem falhas no meio da redação do opinativo, que pelo avanço do tempo ou linhas já escritas, talvez não possam mais ser sanadas. Por isso, não se deve ter receio em perder alguns minutos no planejamento da resposta.

Outra dica importante diz respeito à legislação a ser utilizada durante a prova. A maior parte das fases discursivas dos concursos de advocacia pública permite o manejo da legislação não anotada. Por isso é interessante adotar a prática de estudar juntamente com a legislação que será utilizada na prova, para que se consiga encontrar as informações com maior praticidade.

Como toda peça processual, o parecer também deve seguir uma estrutura ao ser elaborado, composta pelos seguintes elementos:

CABEÇALHO	<p>Numeração (Parecer nº ____);</p> <p>Referência (Processo Administrativo nº ____);</p> <p>Assunto;</p> <p>Interessado;</p> <p>Ementa.</p>
DESENVOLVIMENTO	<p>Relatório;</p> <p>Fundamentos Jurídicos;</p> <p>Conclusão.</p>
DESFECHO	<p>Expressão conclusiva;</p> <p>Local e data;</p> <p>Assinatura/Cargo.</p>

No **cabeçalho** são introduzidos elementos identificadores do parecer elaborado. Alguns como a **numeração** e a **referência**, devem ser extraídos do problema colocado pela banca. Caso não existam essas informações, deve-se descrever os elementos deixando em branco os dados que não foram fornecidas. Exemplo: Parecer nº ____, Processo Administrativo nº ____.

O **assunto** constitui o tema objeto da consulta encaminhada à assessoria jurídica. Pode ser, por exemplo: “termo aditivo de prorrogação de contrato administrativo”, “contratação direta de serviço de publicação na imprensa oficial”, etc. É um elemento a ser extraído do enunciado da questão.

Por **interessado**, entende-se o órgão administrativo que encaminhou a consulta à assessoria jurídica. Pode ser um setor ou autoridade administrativa. Exemplo: Comissão Permanente de Licitação, Secretaria de Recursos Humanos, Presidente de uma autarquia, etc. Também é elemento a ser extraído do enunciado da questão.

Na **ementa** serão inseridas informações que resumem os principais pontos tratados no parecer. A AGU orienta no enunciado nº 15 que o primeiro período a ser inserido seja o ramo jurídico de seu conteúdo, seguido da indicação dos aspectos jurídicos de maior relevo, de maneira a favorecer a sua indexação. Exemplificando, ao elaborar um parecer que analisa a viabilidade de uma contratação direta por pequeno valor, a ementa deve ser composta pelos seguintes períodos: “Direito Administrativo. Licitação. Contratação direta por pequeno valor. Art. 24, II, da Lei 8.666/1993.” E demais elementos a depender do problema posto. Os períodos podem ser separados por pontos ou traço.

Como a ementa será constituída de informações que resumem os principais pontos tratados no parecer, é recomendável que se deixe duas linhas e se continue a redigir o parecer, retornando ao final para elaborar a ementa.

O **desenvolvimento** constitui o núcleo do opinativo, onde devem ser trazidas as informações mais importantes, que serão objeto de maior detença do examinador.

No **relatório**, deve ser elaborado um breve resumo dos fatos narrados no problema. Esse resumo deve ser **breve**, desconsiderando informações irrelevantes. Redigido o relatório, finaliza-se com a expressão: “É o relatório”, ou “É o relatório, passa-se ao opinativo”.

É muito comum o examinador dispensar o relatório em algumas provas. Nesses casos, deve-se trazer o elemento no corpo do parecer, e no seu conteúdo escrever: “relatório dispensado pelo enunciado”.

Os **fundamentos jurídicos** constituem o elemento mais importante do parecer, e que será objeto de maior atenção da banca. Nele se deve trazer uma argumentação jurídica fundamentada do problema posto no enunciado, com análise doutrinária e jurisprudencial. Devem ser trazidas as razões de fato e de direito que embasam o entendimento, e, havendo mais de um posicionamento acerca do tema, ambas serem discutidas, conforme preconizam os enunciados nº 28 e 09 do Manual de Boas Práticas^[2]:

A manifestação jurídica deve atender o princípio da motivação. É importante que a Entidade/Órgão Assessorado conheça os pressupostos de fato e de direito que sustentam a matéria posta à análise jurídica e as controvérsias porventura existentes.

Incumbe ao Advogado Público referi-las tal como se apresentam na doutrina e na jurisprudência para que a Entidade/Órgão Assessorado conheça as variações existentes, inclusive para, a partir das orientações da manifestação jurídica, ponderar riscos e benefícios.

Convém que o Órgão Consultivo, ao elaborar sua manifestação, consigne o entendimento jurídico divergente e respectiva fundamentação, quando

existente mais de uma solução jurídica igualmente plausível.

Caso a consulta seja composta por diferentes questionamentos, a abordagem dos fundamentos jurídicos pode se dar por meio de tópicos, onde será analisado cada um dos pontos levantados pela área técnica.

Finalizando o desenvolvimento do parecer tem-se a **Conclusão**, na qual deve ser trazido resumo da(s) tese(s) defendida(s) pelo parecerista. Ela deve ser colocada apartada dos fundamentos jurídicos, e ser redigida de forma clara, de modo que o gestor possa compreender qual a orientação dada pelo órgão jurídico na consulta formulada. É indispensável que nessa fase o candidato seja conclusivo sobre a consulta, não deixando espaço para expressões vagas e imprecisas! Por exemplo, se a consulta é sobre a viabilidade em firmar um termo aditivo de prorrogação do contrato, sendo admitido, deve-se concluir que é possível a assinatura do termo por tais e tais fundamentos. Nesse sentido é o enunciado nº 02 do Manual de Boas Práticas[3]:

Ao elaborar suas manifestações jurídicas, o Advogado Público deve redigí-la de forma clara, com especial cuidado para a conclusão, apartada da fundamentação, em que deve haver exposição especificada das orientações e recomendações, se possível, com a utilização de tópico para cada encaminhamento proposto, a fim de permitir à autoridade pública consulente fácil compreensão e atendimento da orientação do Órgão Consultivo.

Por fim, chega-se ao **desfecho**. Ele deve ser iniciado com a redação da **expressão conclusiva**: “É o parecer. À consideração superior”.

Em seguida, no elemento local e data, somente deve ser adjetivado caso o enunciado expressamente orientar nesse sentido. Caso contrário, apenas deve ser redigido: “local, data”. Esse cuidado é importantíssimo, pois caso não observado, o examinador pode interpretar como uma forma de identificação do candidato, ensejando, até mesmo, a perda de todos os pontos do parecer.

Na **assinatura/cargo ocupado**, o único elemento a ser colocado é o cargo, a depender do concurso prestado. Nos concursos da AGU, por exemplo, deve-se colocar: Advogado da União, Procurador Federal, ou Procurador da Fazenda Nacional. Em hipótese alguma se deve assinar, a não ser que o próprio enunciado traga expressamente um nome fictício a ser utilizado.

Vistos todos esses elementos, é apresentada a seguir breve síntese de como o parecer deve ser redigido, levando em consideração as observações colocadas acima:

Parecer nº ____

Processo Administrativo nº ____

Assunto: ____

Interessado: ____

Ementa: ____

(pode falhar uma linha[4])

I – Relatório

Síntese dos fatos.

É o relatório. Passa-se ao opinativo.

(pode falhar uma linha)

II – Fundamentos jurídicos

Fundamentos de fato e de direito que sustentam a tese.

(pode falhar uma linha)

III – Conclusão

Síntese da tese jurídica.

Expressão conclusiva

É o parecer. À conclusão superior.

Local, Data.

Advogado da União

(ou outro cargo a depender do concurso)

3. CONCLUSÃO

Viu-se nesse trabalho que o parecer é o instrumento jurídico pelo qual o Advogado consultivo presta assessoramento técnico ao Poder Público. Por meio dele o advogado público desenvolve o raciocínio jurídico em torno de questionamentos formulados pela área técnica da Administração.

Em vista disso, sua redação tem sido cada vez mais cobrada em concursos públicos, notadamente naqueles de Advocacia Pública, exigindo conhecimento do candidato das formalidades na sua elaboração.

Após um arrazoado dos elementos essenciais de um parecer jurídico, demonstramos que estes são, portanto, parâmetros seguros para que candidato possa elaborar seu parecer sem o risco de ver descontados pontos importantes na prova.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 21ª Ed. Malheiros, São Paulo, 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo, Atlas, 2014.

DURÃO, Pedro. *Técnica de Parecer: como fazer um dictamen jurídico*. 1ª ed. Curitiba: Editora Juruá, 2009.

GUIMARÃES, José Augusto Chaves. *Elaboração de ementas jurisprudenciais: elementos teórico-metodológicos*. Série Monografias do Conselho da Justiça Federal, v. IX. Brasília: Centro de Estudos Judiciários, 2004.

Brasil. Advocacia-Geral da União. Consultoria-Geral da União. *Manual de Boas Práticas Consultivas*. Brasília: CGU/AGU, 2014. Disponível em: www.agu.gov.br/page/download/index/id/20905317, acesso em 28/04/2015.

NOTAS:

[1] O Manual de Boas Práticas Consultivas constitui publicação da Advocacia-Geral da União com o intuito de parametrizar a atuação das Instâncias Consultivas da AGU, dissolver dúvidas, e espalhar procedimentos elogiáveis de índole gerencial, sem aprisionar a liberdade criativa dos Advogados Públicos Federais e dos servidores administrativos, por meio do compêndio de enunciados. Trata-se de instrumento importante, cujas orientações servem de paradigma na elaboração dos pareceres. Disponível em: www.agu.gov.br/page/download/index/id/20905317, acesso em 28/04/2015.

[2] Disponível em: www.agu.gov.br/page/download/index/id/20905317, acesso em 28/04/2015.

[3] Disponível em: www.agu.gov.br/page/download/index/id/20905317, acesso em 28/04/2015.

[4] Não é obrigatório falhar linhas na redação do parecer, o que, aliás, pode ser importante considerando o exíguo espaço para resposta. No entanto, sendo possível a falha de linhas, na forma como orientada no texto, isso conduz a uma redação mais limpa e atrativa à correção do examinador.

Conforme a NBR 6023:2000 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico publicado em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma: TOLFO JUNIOR, Sadi. *Orientações para elaboração de parecer jurídico em concursos públicos*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 18 maio 2015. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.53457>. Acesso em: 23 maio 2015.

RESPONSABILIDADE DOS SÓCIOS NA EXECUÇÃO TRABALHISTA

VALQUIRIA ROCHA BATISTA: Advogada e sócia do Rocha & Mouta Advogados. Bacharel em Direito pela Universidade da Cidade de São Paulo (1999 - 2002); Pós-graduada em Direito Processual do Trabalho pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro (2003 - 2004); Especialista em Direito Trabalhista pela Escola Superior de Advocacia do Estado de São Paulo (2004 -2005). Além de diversos cursos extensão, simpósio e seminários, especializada na área Trabalhista, elaboração das peças processuais, responsável pelo acompanhamento escritório e sócia.

A responsabilidade dos sócios na execução trabalhista somente recai a pessoa física, digo “sócio” após esgotados todos os meios de execução da pessoa jurídica.

Isso quer dizer que a falta de bens em nome da pessoa jurídica, não pode eximir os sócios quanto à liquidação dos créditos devido ao trabalhador, que na maioria das vezes é considerado hipossuficiente.

Observamos que a justiça do trabalho vem aplicando a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, instrumento este utilizado no direito civil e do consumidor, para que, em casos de fraude ou abuso da personalidade jurídica, possa o devedor ou consumidor não somente alcançar os bens da empresa, mas também os bens daqueles que a utilizaram de modo fraudulento.

Todavia, vale ressaltar que a desconsideração somente pode ser realizada mediante decisão judicial, e possui previsão legal no artigo 50, do Código Civil, que assim dispõe:

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares

dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

Dessa forma, fica evidente que a falta de bens em nome da pessoa jurídica não impede o direito do trabalhador em receber seus direitos trabalhistas, ficando nítido, que o sócio responde com os seus bens pessoais para liquidação dos débitos trabalhistas.

Importante esclarecer ainda que a Justiça do Trabalho vem aplicando essa regra para liquidação dos processos existentes, responsabilizando os sócios, devido a natureza alimentar. Porém existem requisitos essenciais para aplicação da regra quanto à desconsideração da personalidade jurídica.

Os requisitos para aplicação da desconsideração da personalidade jurídica são:

- *a ausência ou a insuficiência de bens da pessoa jurídica;*

- *existência de débitos trabalhistas.*

Com relação a ausência ou insuficiência de bens da pessoa jurídica, podemos dizer que o sócio irá responder com os seus bens pessoais desde que a pessoa jurídica não possua bens para honrar os débitos trabalhistas.

No tocante a existência de débitos trabalhistas, trata-se de verbas devidas ao empregado que prestou serviços, e não recebeu valores referente a contraprestação “salário, verbas rescisórias, fgts”.

Com relação aos requisitos acima mencionados, os nossos Tribunais vem decidindo no sentido de que os sócios são responsáveis quanto aos débitos trabalhistas devidos ao empregado, vejamos:

EMENTA: DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DA SOCIEDADE. EVOLUÇÃO DO INSTITUTO. *Evoluiu-se a visão que se tinha sobre a teoria da desconsideração da personalidade jurídica da sociedade. Se antes, para sua caracterização, era indispensável a prova da ocorrência da fraude ou do abuso de direito, e só assim restava ela aplicável (Lei 3.708/19), hoje, com o surgimento de novos institutos jurídicos (CTN, LEF, CDC), mais*

dilargadas passaram a ser as hipóteses de seu cabimento, inclusive com a atribuição do ônus da prova da sua inaplicabilidade transferindo-se da pessoa do credor, para a do devedor. Questões que envolvam créditos de natureza trabalhista, os seguintes fatores dão a nova visão do instituto: o caráter alimentar destes créditos, que por todos os ângulos recebem tratamento diferenciado e de supremacia frente aos demais(1); o princípio da desconsideração da personalidade jurídica da sociedade, seja em sua concepção prevista no art. 10, da Lei 3.708/19, seja também pela regra do art. 28, caput, e seu parágrafo 5o., da Lei 8.078/90(2); o art. 135, do CTN(3); e o princípio da imputação exclusiva do risco da atividade econômica ao empregador(4), todos de aplicação subsidiária às execuções trabalhistas, segundo art. 889/CLT c/c art. 4o, inc. V, parágrafos 2o. e 3o., da Lei 6.830/80.

(TRT-3ª Região – Agravo de Petição 723/00 – Data de Publicação: 19/07/2000 – Relator: Des. Emerson José Alves Lage)

**RECURSO DE REVISTA.
PROCESSO DE EXECUÇÃO DE
SENTENÇA. PENHORA SOBRE BEM
DE SÓCIO. TEORIA DA
DESCONSIDERAÇÃO DA
PERSONALIDADE JURÍDICA.**

Partindo da premissa de que os créditos trabalhistas, ante a natureza alimentar de que são revestidos, são privilegiados e devem ser assegurados, a moderna doutrina e a jurisprudência estão excepcionando o princípio da responsabilidade limitada do sócio, com

fulcro na teoria da desconsideração da personalidade jurídica de forma que o empregado possa, verificada a insuficiência do patrimônio societário, sujeitar à execução os bens dos sócios individualmente considerados. Incorrida afronta à norma constitucional.

(TST – Recurso de Revista – 02549-2000-012-05-00 – Data de Publicação: 19/02/2002 – Relator: Helena Sobral Albuquerque)

Outro aspecto importante é quanto da retirada do sócio “antigo sócio”, que também responderá pelas obrigações trabalhistas no limite de dois anos após averbação no contrato social de sua saída nos órgãos competentes.

Para não pairar dúvidas transcrevemos alguns julgados:

EMENTA: RESPONSABILIDADE DO SÓCIO RETIRANTE. *Demonstrado que integrava a sociedade à época do contrato de trabalho do exequente, o ex-sócio da executada deve responder pelos créditos devidos ao trabalhador. Agravo de petição provido.*

(TRT-12ª Região – Agravo de Petição 0034400-24.2002.5.04.0102 – Data de Publicação: 03/08/2011 – Relator: Des. José Felipe Ledur)

EMENTA: RESPONSABILIDADE DE EX-SÓCIOS. *Não havendo prova da existência de bens da empresa executada suficientes para o pagamento do débito trabalhista, é cabível a penhora de bem de sócio integrante da sociedade executada, ao tempo de vigência do contrato de trabalho. Diante de situações como essa, o princípio da autonomia da pessoa jurídica, que não é absoluto, relativiza-se e pode ser derogado, tanto para imputar*

responsabilidade da sociedade a sócio ou ex-sócio, como no caso sub judice, quanto para conferir à sociedade qualidade humana do sócio. Limitação da responsabilidade que se impõe, frente ao disposto no artigo 1.032 do Código Civil.

(TRT-12ª Região – Agravo de Petição 0034400-24.2002.5.04.0102 – Data de Publicação: 20/10/2010 – Relator: Des. Ione Salin Gonçalves)

Note-se que os nossos Tribunais, vem beneficiando os empregados demitidos que não receberam suas verbas oriundas ao contrato de trabalho. A responsabilidade dos sócios, desde que a pessoa jurídica não apresente patrimônio suficiente para cumprimento de suas obrigações, será sempre subsidiária, isto é, apenas no caso em que o cumprimento da obrigação pelo responsável principal “pessoa jurídica” se torne sem êxito.

Conforme a NBR 6023:2000 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico publicado em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma: BATISTA, Valquiria Rocha. *Responsabilidade dos sócios na execução trabalhista*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 18 maio 2015. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.53458>>. Acesso em: 23 maio 2015.

A (IN) COMPATIBILIDADE DA IMPRESCRITIBILIDADE DOS CRIMES ABRANGIDOS PELA COMPETÊNCIA DO TPI DIANTE DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

ROSEMARY GONÇALVES MARTINS: Advogada. Graduada em Direito pela Universidade Nove de Julho - UNINOVE (Turma 01/2009 - 02/2013).

RESUMO: O presente artigo objetiva promover um enfoque do Estatuto de Roma, que instituiu o TPI, de modo a destacar o eventual conflito (antinomia) apontado pela doutrina do dispositivo desse Estatuto que prevê a imprescritibilidade dos crimes abrangidos pela competência do TPI frente ao dispositivo constitucional que confere tal característica a apenas três crimes (Ação de grupos armados, civis ou militares, contra a Ordem Constitucional e o Estado Democrático, bem como o Racismo). Para a plena compreensão da gênese e princípios do TPI imperioso se faz um retorno aos seus precedentes jurídicos, através do estudo da evolução dos Tribunais Penais Internacionais até a instituição e funcionamento efetivo da Corte Penal Internacional (CPI) – *International Criminal Court (ICC)*. Segue-se uma análise de suas principais características, competência e crimes tipificados pelo Estatuto (genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e agressão). Ato contínuo, será apresentada a já mencionada incompatibilidade em relação ao texto do Estatuto e a Lei Maior. Serão elas: reais ou aparentes? Por fim, conclui-se que a inconstitucionalidade intrínseca advinda da incorporação do Tratado de Roma ao ordenamento jurídico brasileiro, no que se refere aos crimes abrangidos pela competência do TPI, é apenas aparente. Logo, pretende-se demonstrar que a alegada incompatibilidade, mesmo naqueles aspectos que versem sobre cláusulas pétreas, inexistente, porquanto o texto expresso no Estatuto de Roma do TPI é complementar e se coaduna com o ordenamento constitucional brasileiro.

Palavras-chave: Tribunal Penal Internacional. Estatuto de Roma. Direito Penal Internacional. Prescrição. Constituição Federal.

INTRODUÇÃO

O estudo do TPI trilha o mesmo caminho da História da humanidade, estando intrinsecamente aliado às incontáveis violações de direitos humanos por ela sofridos ao longo dessa caminhada.

Com a eclosão da Segunda Guerra Mundial e, sobretudo, por ocasião do seu término, a comunidade internacional saltou etapas e, invertendo a lógica da destruição, começou a repensar a noção de soberania nacional absoluta de outrora para construir um arraigado conceito de soberania, assentado no princípio da dignidade humana, com vistas à reconstrução. Assim, diante desses prenúncios, planta-se a semente para que o ser humano adquira o direito a ter direitos, tornando-se sujeito de direitos e deveres no plano internacional. A partir desse momento haveria o estabelecimento da responsabilidade internacional pessoal.

A princípio a aplicação da responsabilidade penal individual encontrou um óbice na inexistência de órgãos internacionais que aplicassem as normas de Direito Penal em âmbito internacional. A partir daí, a idéia da instituição de uma jurisdição internacional passou a afigurar como um dos temas mais instigantes da humanidade.

A verdade é que naquele momento a instituição de um tribunal permanente que venha a julgar e punir os mais terríveis crimes praticados contra a humanidade e que, desta forma desestimule ações do mesmo tipo por outros criminosos, de modo a atacar as violações frontais aos direitos humanos em termos repressivos (condenando os culpados) e preventivos (inibindo a tentativa de repetição dos crimes cometidos) representava, antes de tudo, um dever para com as vítimas e futuras gerações.

Esse processo, posteriormente a uma longa gestação, culminou com a criação do Estatuto de Roma e estabelecimento do TPI.

O Estatuto de Roma, responsável pela criação do TPI, foi ratificado por mais de 100 Estados (mais precisamente: 120), sendo que esse ato de aceite, realizado em manifestação de sua soberania, gera ao Estado-signatário o compromisso de cooperar com a Corte em seus atos e decisões.

Entretanto, esse comprometimento solenemente estabelecido em alguns pontos do texto normativo do Estatuto de Roma parece se contrapor a disposições previstas no direito interno de alguns Estados-partes – Ou, ainda, pior: Podem surgir eventuais incompatibilidades em

relação a valores constitucionalmente consagrados de alguns Estados que aderiram a esse Tratado internacional.

No caso do Brasil, que foi um dos signatários originais do Estatuto do TPI, a situação não foi diferente. Considerando-se que o Brasil possui como um de seus fundamentos a soberania, no Estatuto de Roma constam alguns dispositivos que, em tese, são incongruentes com relação ao ordenamento constitucional brasileiro. Diante desse impasse surge a problemática: Como proceder frente a esse dilema? Seriam esses dispositivos inconstitucionais e, por isso, não poderiam ser recepcionados pela Constituição Federal ou haveria uma solução a fim de compatibilizá-los com a ordem jurídica brasileira?

Sendo o cerne do tema que se propõe a ser tratado o liame estabelecido entre o Estatuto de Roma do TPI e a Constituição Federal brasileira de 1988, especialmente a previsão de imprescritibilidade dos crimes abrangidos pela competência do TPI ante a regra da prescritibilidade, salvo as exceções constitucionais. E sobre essa problemática que se debruçará o estudo a ser desenvolvido no presente artigo científico.

1. A TRAJETÓRIA DA CONCEPÇÃO DE UM TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL: O CAMINHAR DE UMA IDEIA

A ideia de conceber uma jurisdição penal internacional não é recente. A trajetória da concepção de um Tribunal Penal Internacional trilhou um longo caminho. Enfim, foi uma longa gestação até que viesse a gênese do TPI.

1.1 Do surgimento dos Tribunais Militares aos Tribunais *ad hoc* no século XX: A evolução histórica dos Tribunais

São precedentes históricos do TPI:

- a) Tribunal de Leipzig;
- b) Tribunal Militar Internacional de Nuremberg;
- c) Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente;
- d) TPI *ad hoc* para a Bósnia ou extinta Iugoslávia; e,
- e) TPI *ad hoc* para Ruanda.

2. O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

Extirpando-se a prática de tribunais *ad hoc*, vem a lume o Tribunal Penal Internacional. No ano de 2002 surgiu a primeira Corte internacional permanente com jurisdição sobre pessoas acusadas de

cometerem graves violações aos direitos humanos: o TPI, criado pelo Estatuto de Roma.^[1]

No ano de 2002, durante a Conferência Diplomática dos Plenipotenciários^[2] das Nações Unidas, o Estatuto de Roma (também conhecido como Tratado de Roma ou, ainda, Convenção de Roma) do Tribunal Penal Internacional foi afinal aprovado por cento e vinte Estados, em 17 de julho de 1998, contra apenas sete votos – China, Estados Unidos, Iêmen, Iraque, Israel, Líbia e Qatar – e vinte e uma abstenções, notadamente a da Índia.^[3]

Nas palavras da ilustre Piovesan (2008, p. 223-224):

Surge o Tribunal Penal Internacional como aparato complementar às cortes nacionais, com o objetivo de assegurar o fim da impunidade para os mais graves crimes internacionais, considerando que, por vezes, na ocorrência de tais crimes, as instituições nacionais se mostram falhas ou omissas na realização da justiça. Afirma-se, desse modo, a responsabilidade primária do Estado com relação ao julgamento de violações de direitos humanos, tendo a comunidade internacional a responsabilidade subsidiária. Vale dizer, a jurisdição do Tribunal Internacional é adicional e complementar à do Estado, ficando, pois, condicionada à incapacidade ou à omissão do sistema judicial interno. O Estado tem, assim, o dever de exercer sua jurisdição penal contra os responsáveis por crimes internacionais, tendo a comunidade internacional a responsabilidade subsidiária.

Como enuncia o art. 1º do Estatuto de Roma, a jurisdição do Tribunal é adicional e complementar à do Estado, ficando condicionada à incapacidade ou à omissão do sistema judicial interno.

Dessa forma, o Estatuto busca equacionar a garantia do direito à justiça, o fim da impunidade e a soberania do Estado, à luz do princípio da complementaridade e do princípio da cooperação.

A Corte Penal Internacional (CPI), também conhecida como Tribunal Penal Internacional (TPI) – *International Criminal Court (ICC)* –, instituição dotada de personalidade jurídica própria, passou a existir juridicamente a partir da data de 1º de julho de 2002 – quatro anos depois da adoção do Estatuto de Roma, que previu a sua criação –, mas seu funcionamento efetivo apenas iniciara em maio de 2003.

Segundo o Estatuto de Roma, o Tribunal Penal Internacional é uma pessoa jurídica de Direito Internacional com capacidade necessária para o desempenho de suas funções e de seus objetivos. O Tribunal poderá exercer os seus poderes e funções nos termos do seu Estatuto, no território de qualquer Estado parte e, por acordo especial, no território de qualquer outro Estado (art. 4º, §§ 1º e 2º).^[4]

O TPI trata-se da primeira instituição global **permanente, universal e imparcial** de justiça penal da História da humanidade, dotada de princípios previamente definidos, em contraponto aos tribunais *ad hoc* que o precederam, instituída para investigar, processar e julgar os acusados pela prática de crimes que desafiam a imaginação, violam a ordem internacional como um todo e que ultrajam profundamente a consciência da humanidade, a exemplo do genocídio, dos crimes contra a humanidade, dos crimes de guerra e do crime de agressão.

2.2 Características

2.2.1. Competência Material

A competência material do TPI, em conformidade com o Estatuto, se destina a julgar com caráter permanente e independente os crimes mais graves, de caráter internacional. Tais crimes são imprescritíveis e podem ser catalogados em quatro categorias, senão vejamos:

- a) Crimes de genocídio;
- b) Crimes contra a humanidade;
- c) Crimes de guerra; e,
- d) Crimes de agressão.

O art. 5º do Estatuto de Roma contém um rol com a tipificação dos delitos sujeitos à jurisdição do Tribunal. Assim, compete ao TPI o inquérito, processo e julgamento dos mencionados crimes internacionais. Contudo, há que se evidenciar desde já que se foram tipificados pelo TPI são esses crimes atrocidades que desafiam a imaginação, violam a ordem internacional como um todo e que ultrajam profundamente a consciência da humanidade.

2.2.2 Competência Temporal

Estabelecida no art. 11 do Estatuto, a jurisdição do TPI se atém ao julgamento dos crimes de sua competência cometidos depois da sua entrada em vigor internacional, que corresponde a 1º de julho de 2002, quando 60 países ratificaram o Estatuto, salvo se o Estado-parte consentir que a jurisdição do TPI retroaja, o que é confirmado pelo § 2º do mesmo dispositivo do Estatuto.

Ainda assim, nos termos do art. 11, § 2º do Estatuto de Roma, caso um Estado se torne parte do Estatuto depois da sua entrada em vigor, o Tribunal somente poderá exercer sua competência para o processo e julgamento dos crimes cometidos depois da entrada em vigor do Estatuto nesse Estado, a menos que este tenha feito uma declaração específica em sentido contrário, nos termos do § 3º do art. 12 do mesmo Estatuto. [5]

A imputação de julgamento a crimes praticados anteriormente ao advento desse lapso temporal, qual seja, da entrada em vigor do Estatuto de Roma configura flagrante violação ao princípio de direito penal *nullum crime nulla poena sine legen praevia*. [6]

2.2.3 Competência Territorial

Consoante o disposto no art. 12 do Estatuto de Roma, o TPI possui competência para julgar os atos delituosos ocorridos no território dos Estados signatários, independente da nacionalidade do agente.

O Tribunal será, igualmente, competente sempre que houver imputação de qualquer um dos crimes capitulados no art. 5º do Estatuto a nacional de um Estado-membro.

Ademais, observar-se-á tal competência nos casos de crimes cometidos a bordo de navio ou aeronave, ocasião na qual será verificada a bandeira da embarcação ou aeronave.

Por derradeiro, o TPI estará legitimado a exercer sua jurisdição mediante o recebimento pela Promotoria da *notitia criminis*, seja de um Estado, seja do Conselho de Segurança das Nações Unidas, nos termos do art. 13 do Estatuto. Ou, ainda, poderá o Promotor agir de *per se* nesse intento, conforme completado pelo dispositivo anterior.

2.2.4 Competência com relação à pessoa

Contrariamente à Corte Internacional de Justiça (órgão judicial da ONU), cuja competência se destina ao julgamento dos Estados, o TPI ou CPI é competente para o objetivo precípua de julgar

pessoas naturais (art. 25, § 1º) – e não jurídicas –, responsabilizando-as individualmente por seus atos. Eis o traço distintivo entre ambas as Cortes que, sem embargo de que possam possuir semelhança nos nomes (é de fundamental importância não confundir TPI ou Corte Penal Internacional com Corte Internacional de Justiça), bem como ambas sejam sediadas em Haia, na Holanda[7], diferenciam-se na essência por sua finalidade.

Nos termos do art. 26 do Estatuto, a idade mínima para que um indivíduo possa responder pelos crimes de competência do TPI é de 18 anos na data da prática do crime. Assim, com essa idade (18 anos), adquire-se a imputabilidade penal perante o TPI.

Oportuno mencionar que a acusação somente poderá proceder caso o crime tenha sido praticado na modalidade dolosa, pois a culpa é excluída do âmbito de competência do TPI, consoante prescreve o art. 30 do Estatuto.

Igualmente, não há previsão explícita de punibilidade da tentativa, em nenhum dos crimes definidos no Estatuto. Mas ela pode decorrer dos princípios gerais de direito invocados no art. 21, § 1, c.[8]

2.3 Princípios regentes

Como não poderia ser diferente, a atuação do TPI se encontra vinculada à observância de princípios fundamentais, a saber:

2.3.1 Princípio da Complementaridade (ou Subsidiariedade):

Expresso no preâmbulo, no art. 1º e mais especificamente no art. 17 do Estatuto, prescreve que a jurisdição do TPI, contrariamente a dos tribunais *ad hoc* que são concorrentes e têm primazia sobre as Cortes nacionais[9], deve ser complementar (não antecedendo nem se sobrepondo à jurisdição nacional) à jurisdição penal dos Estados.

Considerando-se que o Estado possui responsabilidade primária e a comunidade internacional possui responsabilidade subsidiária, a jurisdição do TPI terá caráter excepcional, isto é, somente poderá ser exercida quando o Estado que originariamente possui jurisdição direta sobre determinado caso demonstrar:

a) **Omissão:** O Estado ficou-se inerte, por ausência de disposição política ou falência estrutural dele próprio, em processar e punir devidamente os responsáveis pelos crimes apontados no Estatuto de Roma; ou,

b) **Manifesta incapacidade:** O Estado promoveu o inquérito ou a ação penal, contudo agiu de modo insatisfatório, demonstrando inequivocadamente que o fez com a intenção deliberada ou de proteger o acusado, subtraindo-lhe a justiça, ou buscou aparentar seriedade à investigação ou ao processo criminal, subtraindo-lhe a sanção. Trata-se da chamada “paralisia consciente do Estado” em responsabilizar penalmente os suspeitos dos crimes capitulados no art. 5º do Estatuto.

Eis os requisitos de admissibilidade para o exercício da jurisdição internacional. Superada a condicionante do prévio esgotamento dos procedimentos internos – falência das instituições nacionais –, uma vez verificada a realização de uma das condutas elencadas no art. 5º do Estatuto, justifica-se a aplicação da competência do TPI. Neste sentido, a jurisdição do TPI se afigura complementar à jurisdição dos Estados, sendo que só emerge quando verificados os requisitos para que o TPI adquira competência para proceder a persecução penal. Sendo assim, a jurisdição do TPI não antecede nem se sobrepõe à jurisdição interna dos Estados, simplesmente a complementa.

2.3.2 Princípio da Responsabilidade Penal Individual

Segundo dita este princípio, previsto no art. 25 do Estatuto, o indivíduo que incorre na prática do tipo penal incriminado pelo Estatuto deverá ser responsabilizado pessoalmente pela conduta perpetrada, o que não obsta a responsabilidade estatal pelo(s) crime(s) ocorrido(s) em seu território.

2.3.3 Princípio da Irrelevância da Função Social

Realçando o princípio constitucional da Isonomia ou Igualdade (art. 5º, *caput*, da CF/88), permite que inclusive os chefes de Estado ou de Governo, ministros, parlamentares e outras autoridades sejam responsabilizados criminalmente pela prática de quaisquer das condutas discriminadas no Estatuto de Roma, sem qualquer privilégio ou imunidade.

Corroborando com o argumento alhures, leciona Piovesan (2008, p. 225):

De acordo com o art. 27, aplica-se o Estatuto igualmente a todas as pessoas, sem distinção alguma baseada em cargo oficial. Isto é, o cargo oficial de uma pessoa, seja ela Chefe de Estado ou Chefe de Governo, não eximirá de forma alguma sua

responsabilidade penal, tampouco importará em redução da pena.

2.3.4 Princípio da Responsabilidade dos Comandantes e outros Superiores

Exige que todos os comandantes militares, ainda que não estejam fisicamente presentes no local do crime, despendam de todos os meios ao seu alcance a fim de elidir a prática criminosa, sob pena de lhe ser imputada a responsabilidade conjunta pela conduta de seus subordinados.

2.3.5 Princípio da Imprescritibilidade

Conquanto ninguém possa ser julgado por delitos praticados antes da entrada em vigor do Tratado de Roma, por este princípio a ação criminosa tipificada no art. 29 do Estatuto não se sujeitará jamais ao decurso do tempo para ter extinta a sua punibilidade, eis que tamanha a ofensa ao bem jurídico tutelado lapso temporal algum seria capaz de apagar a mácula trazida pela conduta incriminada.

Este tema, quando analisado sob a égide da Constituição Federal de 1988, também tem sido alvo de intensas discussões doutrinárias, conforme adiante anotado (Vide item 4.1).

2.3.6 Princípio da Cooperação

Consagrado no art. 86 do Estatuto, segundo o qual os Estados-partes deverão cooperar plenamente com o Tribunal na investigação e julgamento dos crimes de competência deste, bem como assegurar-se de que seu Direito Interno preveja procedimentos aplicáveis a todas as formas de cooperação especificadas no Estatuto.

2.4 Penas aplicáveis

O Estatuto não definiu uma pena específica para cada tipo penal, cabendo aos magistrados do TPI, com sua discricionariedade, determinarem a dosimetria das penas, conforme as peculiaridades do caso concreto, observado o limite de 30 anos de reclusão.

Desta forma, em seu art. 77 o Estatuto previu as penas aplicáveis aos réus julgados pelo TPI, sendo elas as seguintes:

- a) pena de até 30 anos de prisão;
- b) pena de prisão perpétua;
- c) pena de multa; e,

d) confisco dos proventos, sejam eles auferidos direta ou indiretamente do crime, preservando-se os direitos de terceiro de boa-fé.

2.5 Procedimento

Conforme os ensinamentos da ilustre jurista Piovesan (2008, p.224):

O exercício da jurisdição internacional pode ser exercido mediante denúncia de um Estado-parte ou do Conselho de Segurança à Promotoria, a fim de que esta investigue o crime, propondo a ação penal cabível, nos termos dos arts. 13 e 14 do Estatuto. Pode ainda a própria Promotoria agir de ofício, nos termos dos arts. 13 e 15. Em todas as hipóteses, o exercício da jurisdição é condicionado à adesão do Estado ao tratado, ou seja, é necessário que o Estado reconheça expressamente a jurisdição internacional. Note-se que a ratificação do tratado não comporta reservas, devendo o Estado ratificá-lo na íntegra e sem ressalvas (art. 120).

Logo, a jurisdição do TPI pode ser exercida de três formas distintas, senão vejamos:

- 1) Pela solicitação de investigação feita por um Estado-parte do Estatuto.

Essa denúncia, que deve ser acompanhada de elementos factuais que a substanciem, dá início a investigações, conforme o procedimento adotado pelo Tribunal;[\[10\]](#)

- 2) Por intervenção do Conselho de Segurança das Nações Unidas, autorizado pelo Capítulo VII da Carta (rupturas e ameaças à paz e segurança internacionais), apontando situações criminosas, independentemente de o Estado fazer ou não parte do TPI;

- 3) Por iniciativa da Promotoria, que recebe a *notitia criminis*, das mais variadas fontes, e age de ofício (art. 15 do Estatuto);

- 4) Por iniciativa autônoma do promotor se subordina ao “exame da Câmara de Questões Preliminares, que deve confirmar a existência de base adequada para dar prosseguimento às investigações”.[\[11\]](#)

3. O INGRESSO DO TPI NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

3.1 A ratificação

O Estatuto de Roma que cria o Tribunal Penal Internacional foi aprovado em 17.07.1998. O Brasil assinou o aludido estatuto em 07.02.2000 e o Congresso Nacional o aprovou, por meio do Decreto Legislativo n. 112, em 06.06.2002, tendo sido promulgado em 26.09.2002, pelo Decreto presidencial n. 4.388. A *carta de ratificação* fora depositada em 20.06.2002, entrando em vigor em 1º.07.2002. Para o Brasil, internacionalmente, nos termos de seu art. 126, passou a vigorar em 1º de setembro de 2002. [\[12\]](#)

A partir desse momento o Brasil, que foi um dos signatários originais do Estatuto, passa a fazer parte da jurisdição do TPI, em cumprimento ao disposto no art. 7º do ADCT.

3.2 Hierarquia normativa

Por se tratar de tratado internacional de direitos humanos ratificado anteriormente à previsão de *quorum* qualificado previsto no art. 5º, § 3º, da CF/88 (*quorum* de três quintos em dupla votação nas duas Casas legislativas), o Estatuto de Roma integrou-se ao Direito brasileiro com hierarquia infraconstitucional, mas *status* supralegal (situando-se em grau superior às leis ordinárias, porém em grau inferior à Constituição). Logo, situa-se no patamar inferior à Constituição, todavia superior a toda a legislação infraconstitucional, possuindo, assim, *status* normativo supralegal.

4. AS INCOMPATIBILIDADES ENTRE O ESTATUTO DE ROMA DO TPI E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA DE 1988

Em um ato típico de soberania o Brasil ratificou ao Estatuto de Roma, responsável por instituir o TPI. A partir da assinatura do instrumento de ratificação, o Estado brasileiro tornou-se signatário do Estatuto, obrigando-se a “cooperar plenamente com o Tribunal no inquérito e no procedimento contra crimes de competência deste” [\[13\]](#), em respeito ao princípio da Cooperação.

Haja vista que, consoante o disposto no art. 120 do Estatuto de Roma, a ratificação deste não admite reservas (logo, não é possível a um Estado ratificar ao Tratado em parte, porquanto a sua assinatura importa em torná-lo signatário do instrumento em sua integralidade, em todos os seus termos, e não de uma parte ou outra dele), alguns constitucionalistas propugnam por possíveis inconstitucionalidades do TPI em relação à Constituição Federal Brasileira de 1988.

Essa situação é denominada no direito dos tratados de *inconstitucionalidade intrínseca* dos tratados internacionais. Esta tem lugar quando o tratado, apesar de formalmente ter respeitado todo o procedimento constitucional de conclusão estabelecido pelo direito interno, contém normas violadoras de dispositivos constitucionais.^[14]

A qual não pode ser confundida “com a inconstitucionalidade chamada extrínseca (ou formal), também conhecida por *ratificação imperfeita*, que ocorre quando o Presidente da República violando norma constitucional de fundamental importância para celebrar tratados, ratifica o acordo sem assentimento prévio do Congresso Nacional”^[15]. O que não foi o caso do TPI, cuja ratificação ocorreu em consonância com o procedimento constitucionalmente previsto para a celebração de tratados (arts. 49, inciso I e 84, inciso VIII, ambos da CF/88).

A existência de uma inconstitucionalidade intrínseca (normas incompatíveis com a Lei Maior) é tendente a ensejar eventuais antinomias^[16]. Isto posto, muito se discute acerca de eventuais incompatibilidades entre o referido Estatuto e a Constituição Federal brasileira, vez que em muitos pontos aquele parece colidir com determinados preceitos constitucionais. Desta feita, seria o caso de *inconstitucionalidade intrínseca* do Estatuto de Roma em relação ao ordenamento constitucional brasileiro?

Considerando-se que a República Federativa do Brasil tem como um de seus fundamentos a soberania (art. 1º, inciso I da CF/88), argumenta-se assim a pretensa antinomia (diga-se: aparente)^[17] de alguns dispositivos do Estatuto de Roma em relação a valores constitucionalmente consagrados. Para efeitos da presente abordagem: a regra da prescrição dos crimes.

4.1 A imprescritibilidade dos crimes abrangidos pela competência do TPI

Antes mesmo de adentrar ao estudo dessa incongruência do Estatuto do TPI em relação à Constituição Federal Brasileira de 1988, fundamental é explanar o conceito de prescrição.

Para Capez (2011, p. 614) prescrição é a “perda do direito – poder-dever de punir pelo Estado em face do não exercício da pretensão punitiva (interesse em aplicar a pena) ou da pretensão executória (interesse de executá-la) durante certo tempo”.

Com efeito, Greco (2011, p. 705) define prescrição como “o instituto jurídico mediante o qual o Estado, por não ter tido capacidade de fazer valer o seu direito de punir em determinado espaço de tempo previsto pela lei, faz com que ocorra a extinção da punibilidade”.

Por conseguinte, prescrição nada mais é que a extinção da punibilidade em razão do decurso do tempo. Ora, se o Estado acusação (titular do direito de punir – *ius puniendi*) não exerceu a pretensão punitiva ou a pretensão executória em face do responsável pela conduta perpetrada, dentro do lapso temporal compreendido pela prescrição legal, para a punição pelo delito incriminado, ele próprio admitiu sua incapacidade, razão para que pereça (ou seja, não subsista mais) o direito de exercitar o direito à persecução penal, bem como de acompanhar a execução.

Como regra, o ordenamento jurídico interno prevê a prescritibilidade dos crimes (Vide art. 109 do CP), contudo a Constituição Federal excepciona alguns crimes, o que o faz nos incisos XLII e XLIV, do art. 5º da CF/88[18].

Consoante o disposto nos incisos supra, os crimes de Ação de grupos armados, civis ou militares, contra a Ordem Constitucional e o Estado Democrático, assim como o Racismo são imprescritíveis. Logo, a punição dessas condutas não está sujeita ao decurso dos anos, podendo ser punidas a qualquer tempo. Neste sentido, a Lei Maior não deixa dúvidas quanto a quais os crimes estariam sujeitos à imprescritibilidade.

Por sua vez, o art. 29 do Estatuto de Roma[19], determina que os crimes de competência deste Tribunal não prescrevem.

As divergências residem em: Como o poder Constituinte brasileiro pontuou os crimes imprescritíveis, um tratado teria legitimidade para acrescentar a esse rol outras condutas criminosas? Pode um brasileiro responder perante o TPI por crimes já prescritos pelas leis nacionais, porém ainda puníveis pelo TPI?

A resposta é afirmativa, vez que os crimes tidos como imprescritíveis por força da Constituição nela foram inseridos por se tratarem de crimes gravíssimos. Todavia o que dizer quanto aos crimes que afrontam as próprias leis da humanidade, condutas essas tendentes a ultrapassar os limites da imaginação humana? Sob essa óptica, justifica-se a inserção dos tipos penais de competência do TPI no rol dos crimes imprescritíveis.

Ao enfrentar essa questão, Bolfer (2010) acentua que “o Brasil, ao aceitar a jurisdição do TPI, aceita igualmente a imprescritibilidade dos crimes de competência dele. Não há exceção”.

Afinal, uma vez que a Constituição faz ressalva à regra da prescritibilidade com relação a dois crimes, de extrema gravidade, pergunta-se: por que não fazê-lo com relação aos mais graves crimes praticados contra a humanidade?

Corroborando com o argumento alhures é o ensinamento de Comparato (2010, p. 481):

Quanto à imprescritibilidade dos crimes definidos no Estatuto, deve-se lembrar que a própria Constituição abre exceções à regra geral da prescrição penal, em relação aos crimes de racismo e de ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado democrático (art. 5º, XLII e XLIV). Não faria sentido sustentar que tais crimes seriam menos graves que os definidos no Estatuto, de modo a se recusar, em relação a eles, a regra da imprescritibilidade.

Ante o exposto, é forçoso reconhecer que não há incompatibilidade entre os dispositivos em comento (pelo contrário, eles se complementam), obedecidas as regras constitucionais, como a Lei Maior o faz, torna-se perfeitamente possível expandir a lista dos crimes que não se submetem à prescrição para compreender também os mais atroz crimes contra os direitos humanos, enfim, os tipos penais de competência do TPI.

CONCLUSÃO

A jurisdição penal internacional trilhou um longo caminho até que viesse a lume o TPI.

Várias foram as tentativas engendradas nesse sentido até que houvesse o estabelecimento efetivo da primeira Corte de Justiça Penal Internacional permanente, independente e imparcial.

Em pouco mais de uma década de existência o TPI se tornou um importante mecanismo de garantia contra as violações de direitos humanos.

Ao TPI ainda resta muito a fazer, bem como – e sobretudo – inúmeras resistências a romper, conforme adiante esclarecido.

A primeira delas diz respeito à soberania dos Estados-membros. Aliás, essa é a principal razão para a recusa por parte dos Estados em ratificar ao Estatuto de Roma. De fato, reconhecer suas limitações, de modo a abrir mão de parte de sua soberania, é algo de sobremaneira comprometedora para um Estado soberano, o que tem feito com que muitos Estados não reconheçam o TPI (Os Estados Unidos, por exemplo, já declararam abertamente que não pretendem fazer parte do TPI).

No caso do Brasil, embora seja signatário do Tratado de Roma, muitos pontuam que a ratificação do referido Estatuto estaria a desrespeitar um dos fundamentos que alicerçam a Constituição Federal Brasileira, qual seja, a soberania nacional (art. 1º, inciso I, da CF/88[20]) quando, por exemplo, prevê a imprescritibilidade dos delitos abrangidos pela competência do TPI, sendo que, via de regra, o ordenamento jurídico interno prevê a prescritibilidade dos crimes, excepcionando apenas alguns delitos (art. 5º, incisos XLII e XLIV da CF/88 c.c. art. 109 do CP).

O respeitado doutrinador André Ramos Tavares salienta que essas incongruências são insanáveis, posto que não se pode mudar a Constituição Federal nesses aspectos, por conta das chamadas cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, da CF/88).

Por sua vez, uma parcela significativa da doutrina, formada por nomes de peso (Flávia Piovesan, Valério de Oliveira Mazzuoli e Luiz Flávio Gomes) defende que se trata de um conflito de normas (antinomia) apenas aparente, vez que os critérios para solucioná-lo são normas integrantes do ordenamento jurídico, pelos motivos delineados nos parágrafos seguintes.

Como com propriedade se posiciona Steiner (PRR-3, 2009):

Os dois sistemas - o nacional e o do TPI - não se misturam, não se confundem, não interferem um com o outro. Portanto, não vejo como possível alegar-se incompatibilidade entre sistemas que não se tocam, que são paralelos.

Em que pese a possível antinomia que pode surgir em um primeiro momento, uma análise hermenêutica pormenorizada do assunto conclui ser cediço que o conflito de normas é apenas aparente.

Chayes (1995 *apud* PIOVESAN, 2000) entende:

[...] que a soberania não pode mais consistir na liberdade dos Estados de atuarem independentemente e de forma isolada à luz do seu interesse específico e próprio. A soberania hoje consiste, sim, numa cooperação internacional em prol de finalidades comuns. Um novo conceito de soberania, diz o autor, aponta a existência de um Estado não isolado, mas membro da comunidade e do sistema internacional. Os Estados, conclui, expressam e realizam a sua soberania, participando da comunidade internacional, ou seja, participar do sistema internacional é sobretudo um ato de soberania por excelência. Prenuncia-se, desse modo, o fim da era em que a forma pela qual o Estado tratava os seus nacionais era concebida como um problema de jurisdição doméstica decorrente da sua soberania. Nesse contexto, pode-se afirmar que uma das principais preocupações desse movimento de internacionalização dos direitos humanos é justamente convertê-los em tema de legítimo interesse da comunidade internacional.

Com relação à soberania, mostra-se acertada a afirmação do doutrinador Mazzuoli (2011, p. 973/974), para quem:

Não existe restrição ou diminuição da soberania para os países que já aderiram, ou aos que ainda irão aderir, ao Estatuto de Roma. Ao contrário: na medida em que um Estado ratifica uma convenção multilateral como esta, que visa trazer um bem estar que a sociedade internacional reivindica há anos, ele não está fazendo mais do que, efetivamente, praticando um ato de soberania, e o faz de acordo com a sua Constituição, que prevê a participação dos poderes Executivo e Legislativo (no caso brasileiro: CF, arts. 84, inc. VIII e 49, inc. I, respectivamente) no processo de celebração de tratados internacionais.

Neste sentido esse monitoramento realizado pelo TPI, mediante o consentimento prévio do Estado que a ele se submeteu por intermédio da ratificação, não configura uma intromissão indevida no exercício da soberania desse mesmo Estado soberano. Afinal, a jurisdição do TPI é complementar, se coaduna com a jurisdição doméstica, conforme amplamente enfatizado ao longo deste artigo.

É sob esse enfoque que deve ser compreendido o TPI. Consoante preceitua Piovesan (2000), “o Tribunal Internacional Penal surge como um aparato complementar à jurisdição penal nacional. O Estatuto de Roma reitera a idéia de que o Estado tem a responsabilidade primária, o dever jurídico de emprestar a sua jurisdição. No entanto, se isso não ocorrer, a responsabilidade subsidiária é da comunidade internacional,” acionável quando as instituições nacionais mostrarem-se falhas ou omissas na proteção dos direitos humanos.

A mesma Piovesan (2003, p.151) continua:

A jurisdição do Tribunal é adicional e complementar à do Estado, ficando condicionada à incapacidade ou à omissão do sistema judicial interno. O Estado tem o dever de exercer sua jurisdição penal contra os responsáveis por crimes internacionais, tendo a comunidade internacional a responsabilidade subsidiária. [...] A jurisdição do Tribunal Penal Internacional não substitui a jurisdição local, mas é a ela complementar e subsidiária.

E, por fim, conclui (Ibid., p. 151/152) que:

O reconhecimento da jurisdição do Tribunal Penal Internacional, em si mesmo, é ato de soberania do Estado brasileiro, não cabendo ao Estado, *a posteriori*, valer-se desta mesma soberania para afastar a jurisdição Internacional.

No mesmo sentido são as lições de Mazzuoli (2005, p. 55):

Sua jurisdição, obviamente, incidirá apenas em casos raros, quando as medidas internas dos países se mostrarem insuficientes ou omissas no que respeita ao processo e julgamento dos acusados,

bem como quando desrespeitarem as legislações penal e processual internas.

Destarte, a jurisdição do Tribunal Penal Internacional terá caráter excepcional, sendo que somente será cabível a aplicação desse Estatuto quando o Estado se mostrar manifestamente falho, omissivo, incapaz de responder às violações de direitos humanos.

Outrossim, uma violação aos direitos humanos não se trata apenas de uma afronta a direito fundamental tutelado na órbita dos limites territoriais de um determinado País, mas de toda a humanidade em conjunto, independentemente de estarem positivados ou não no ordenamento jurídico de uma determinada Nação. Nesta toada, a tutela dos direitos humanos não se restringe ao campo de atuação de um determinado Estado, por tratar de direito inerente aos seres humanos, cuida-se de matéria cuja competência recai sobre um âmbito global (campo de atuação de cada Estado competente para punir a violação perpetrada) e, subsidiariamente, o juízo internacional (TPI), sendo que a competência deste último somente será trazida à voga ante a falha, omissão ou incapacidade daquele de responder às violações de direitos humanos, por força do princípio da Complementaridade, sem que essa intromissão fira a soberania do Estado no qual se deu o desrespeito aos direitos humanos, quer do Estado cujo perpetrador seja nacional. Por isso, não há que se falar em incompatibilidades entre o quanto disposto no Estatuto de Roma e a Constituição Federal Brasileira, pelo contrário, ambas as normas se complementam na busca incessante pelo bem comum, qual seja, a proteção dos direitos humanos em escala planetária tendente a preservar a paz mundial.

Até porque o TPI é um tribunal de última instância, cuja atuação somente estará legitimada em caso de inação (omissão ou incapacidade) dos Estados. Assim, trata-se de situações excepcionais, nas quais o Estado não atuou porque não quis ou não pôde atuar a contento. Portanto, não há que se falar em perda da soberania, já que a competência primária para o exercício da jurisdição pertence ao Estado, apenas diante da falha ou omissão dele que será acionada a competência subsidiária do TPI às jurisdições nacionais.

Por derradeiro, a ratificação do Estatuto do Tribunal Penal Internacional pelo Brasil é absolutamente compatível e consonante com a ordem constitucional brasileira, “não havendo como argumentar que

esse Tribunal seria uma intervenção indevida no exercício da soberania nacional”[21], vez que nele há a conjugação da ordem interna e da ordem internacional, à luz do princípio da prevalência dos direitos humanos, mediante providências tendentes a punir e retirar do convívio coletivo mundial, não apenas criminosos genocidas ou ditadores, mas também os responsáveis pela prática de crimes internacionais, em relação aos quais não se admite esquecimento.

REFERÊNCIAS

BIBLIOGRAFIA

- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 13.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional Descomplicado*. 2ª.ed. rev. atual. São Paulo: Método, 2008.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 9.ed. rev. ampl. e atual.. São Paulo: Saraiva, 2008.

OBRAS CONSULTADAS ONLINE

- BOLFERR, Sabrina Ribas. O Tribunal Penal Internacional e o Ordenamento Jurídico Brasileiro. In: *Clubjus*, Brasília-DF: 20 set. 2010. Disponível em: <<http://www.clubjus.com.br/?artigos&ver=2.32230>>. Acesso em: 26 jan. 2013.
- Entrevista: Sylvia Steiner – Juíza do Tribunal Penal Internacional. In: *PRR-3*. Disponível em: <<http://www.prr3.mpf.gov.br/content/view/249/111/>>, Acesso em: 25 dez. 2012.
- GOMES, Luiz Flávio. *As aparentes antinomias entre O TPI (Tribunal Penal Internacional) e a CF/88*. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/artigo/20070529180222887_as-aparentes-antinomias-entre-o-tpi-tribunal-penal-internacional-e-a-cf-88.html>. Acesso em: 16 dez. 2012.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. O Tribunal Penal Internacional: integração ao direito brasileiro e sua importância para a justiça penal internacional. In: *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos: divisão*

jurídica, Centro de Pós-graduação, Faculdade de Direito de Bauru, n. 43, maio/ago. 2005. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/dpj/cji/bitstream/26501/1546/1/Tribunal%20Penal%20Internacional.pdf>>. Acesso em: 26 out. 2012.

MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. O Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira. *O que é o Tribunal Penal Internacional*. Brasília: Cartilha Organizada pela Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados: Gráfica Oficial, 2000. 34 p. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/cartilhas/dh/tpi/cartilha_tpi.htm#A%20PENAL%20DE%20PRIS%C3%83O>. Acesso em: 09 de jan. 2013.

PIOVESAN, Flávia. Princípio da Complementaridade e Soberania. In: *Revista CEJ*, América do Norte, v. 4, n. 11, mai./ago. 2000. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/tpi/textos/tpi_piovesan.html>. Acesso em: 20 out. 2012.

SABÓIA, Gilberto Vergne. Conferência - A criação do Tribunal Penal Internacional. In: *Revista CEJ*. v. 4 n. 11 mai./ago. 2000. Disponível em: <<http://www.ufsm.br/revistadireito/eds/v5n3/A4.pdf>>. Acesso em: 30 set. 2012.

LEGISLAÇÃO

BRASIL. Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm#adct>. Acesso em: 27 jan. 2013.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 16 abr. 2015, 14:35.

BRASIL, Decreto n.º 4.388, de 25 set. 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm>. Acesso em: 30 abr. 2015.

NOTAS:

[1] PAULO; ALEXANDRINO, 2008, p. 105.

[2] O termo “plenipotenciário” significa uma autoridade, seja ela o Ministro das Relações Exteriores ou outra pessoa por ele indicada, com anuência do Presidente da República e com Carta de Plenos Poderes (por isso, plenipotenciário), que tem o poder de assinar um tratado em nome de seu país. Enfim, plenipotenciários são os chefes das Relações Diplomáticas de um determinado Estado.

[3] COMPARATO, 2010, p.461.

[4] MAZZUOLI, 2005, p. 55.

[5] MAZZUOLI, 2005, p. 54.

[6] Amplamente consagrado como princípio da Reserva Legal (ou, simplesmente, princípio da Legalidade), determina que não há crime sem lei anterior que o defina nem pena sem prévia cominação legal.

[7] Nos termos do art. 3º, § 1º do Estatuto, o Tribunal tem sede em Haia, Países Baixos (“o Estado anfitrião”), podendo funcionar em outro local sempre que se entender conveniente. (LENZA, 2008, p.704).

[8] COMPARATO, 2010, p. 467.

[9] SABÓIA, 2000.

[10] SABÓIA, 2000.

[11] SABÓIA, 2000.

[12] LENZA, 2008, p. 704.

[13] LENZA, 2008, p. 705.

[14] MAZZUOLI, 2011, p. 964.

[15] MAZZUOLI, loc. cit.

[16] *Antinomia jurídica* é definida como “a oposição que ocorre entre duas normas contraditórias (total ou parcialmente), emanadas de autoridades competentes num mesmo âmbito normativo, que colocam o sujeito numa posição insustentável pela ausência ou inconsistência de critérios aptos a permitir-lhe uma saída nos quadros de um ordenamento dado.” (FERRAZ JÚNIOR, 2008, p. 179).

[17] “As antinomias podem ser classificadas em reais ou aparentes. “A antinomia *real* é definida como aquela em que [...] a posição do sujeito é insustentável porque não há *critérios* para a sua solução, ou porque entre os critérios existentes há conflito, e é *aparente* em caso contrário”. (FERRAZ JÚNIOR, 2008, p. 180). Sendo assim, as antinomias reais são aquelas insolúveis, enquanto as aparentes são solúveis, para as quais os critérios para solução estão no próprio ordenamento.

[18] Art. 5º, XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado democrático;

[19] Artigo 29

Imprescritibilidade

Os crimes da competência do Tribunal não prescrevem.

[20] Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

[21] PIOVESAN, 2000.

Conforme a NBR 6023:2000 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico publicado em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma: MARTINS, Rosemary Gonçalves. *A (in) compatibilidade da imprescritibilidade dos crimes abrangidos pela competência do TPI diante da Constituição da República Federativa do Brasil*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 18 maio 2015. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.53456>>. Acesso em: 23 maio 2015.

A CONCILIAÇÃO COMO MEIO ALTERNATIVO DE SOLUÇÃO DE LITÍGIOS TRABALHISTAS

JOSÉ FLÁVIO MATOS SOUZA: Bacharelando do curso de Direito da Faculdade AGES.

RESUMO: A lei não veda o acesso ao poder judiciário a todos que sentirem-se prejudicados em suas demandas, contudo é de conhecimento público as dificuldades de acesso á justiça, sobretudo em comarcas onde não há justiça especializada e o excesso de processos , a exemplo, nas varas trabalhistas, faz com que as demanda que no caso de empregado, de natureza alimentar, possa não satisfazer seu real objetivo devido á demora processual. Desta maneira, soluções alternativas, como a mediação, conciliação ou a arbitragem, para solução de conflitos encontram campo para desenvolverem-se frente ás dificuldades de um processo judicial.

PALAVRAS-CHAVE: conflitos trabalhistas, processo judicial, soluções alternativas, acesso á justiça, conciliação.

1 INTRODUÇÃO

Uma das principais características do processo trabalhista é de forma geral envolver uma parte quase sempre hipossuficiente economicamente, necessitando de um rápido proveito jurisdicional devido a natureza alimentar envolvido na reclamação trabalhista. A CLT, através do rito sumaríssimo busca maior agilidade na solução dos conflitos, porém com limitação no valor da causa a quarenta salários mínimos, o que para a escolha deste

rito em demandas que ensejariam condenações maiores, acarretariam perdas financeiras por parte do reclamante. Na opção pelo rito ordinário e provável demora da solução jurisdicional acarreta por consequência aumentar a situação de fragilidade econômica do reclamante. Uma das alternativas é a opção por meios alternativos de solução de conflitos, perfeitamente aplicáveis nas demandas trabalhistas, a exemplo da mediação, arbitragem e a conciliação.

2. ACESSO A JUSTIÇA NA CF/88

A CF/88 traz em seu artigo 5º XXXV que a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça a direito, contudo não basta ter acesso ao provimento jurisdicional, para ser efetivo este deve ser tempestivo, vejamos segundo VALCANOVER:

A reforma do poder judiciário, introduzida pela Emenda Constitucional nº 45/2004, e a consequente adoção do princípio da duração razoável do processo (art. 5º, inciso LXXVIII), com os meios e recursos a ele inerentes é um indicativo extremamente importante no rumo conferido para o conteúdo do princípio do acesso à justiça e sua noção material, já tratada nos itens anteriores.

3 A CONCILIAÇÃO NA CLT

Devendo analisar demandas trabalhista, ou de relação de emprego, não tendo por objeto outras relações jurídicas, poderá ser feita a reinvidicação verbalmente, devendo ser reduzida a

termo segundo artigo 625-D, CLT. Caso não prospere a tentativa de conciliação, será fornecida declaração ao empregado da tentativa frustrada para eventual juntada a posterior reclamação trabalhista, segundo MARTINS:

O fornecimento da declaração é justamente para comprovar que o empregado tentou a conciliação antes de ajuíza a ação. A juntada da declaração será obrigatória para a propositura da ação, como se verifica da redação do §2º do artt.625-D da CLT.(2014,p.59)

Conforme MORAES:

A conciliação encontra ampla aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro, por exemplo, no curso da audiência trabalhista, ela é obrigatoriamente proposta, nos termos dos art. 846 e 847 da CLT, após a apresentação da defesa por parte do reclamado. Consoante aduz o art. 850 da mesma Consolidação das Leis do Trabalho, a tentativa de conciliação é reiterada após a apresentação das razões finais.

4 CONCLUSÃO

A necessidade de dar maior celeridade á justiça trabalhista levou não apenas a criação de meios alternativos, não excluindo de eventual apreciação do poder judiciário, como também acabou reconhecendo a importância de tais meios, e no caso da

conciliação, passou a ser verdadeira condição da ação, embora não obrigue a lei, a quem sentir-se prejudicado aceitar a proposta conciliatória, apenas a declaração de tentativa de conciliação deverá ser juntada á reclamação trabalhista, ressalvada as hipóteses de não haver comissão de conciliação na localidade. O termo conciliatório será considerado título executivo extrajudicial. Desta maneira busca o legislador reconhecer a importância da composição civil e meios não judiciais de solução de conflitos, a exemplo do que é largamente utilizado em outros países.

REFERÊNCIAS

MARTINS, Sérgio Pinto. Direito Processual do Trabalho.35ªed.São Paulo:Atlas,2014.

VADEM MECUM / 2013.

Sites pesquisados

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, DF, 5 out. 1988.

Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm

Acesso em: 10 de maio. 2011.

MORAES, Tiago França. [Mediação, conciliação e arbitragem](#). **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3346, 29 ago. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/22520>>. Acesso em: 10 maio 2015

VALCANOVER, Fabiano Haselof .O Princípio do acesso á justiça após a emenda constitucional 45/2004

[.http://www.tex.pro.br/home/artigos/259-artigos-jan-2014/6386-o-principio-do-acesso-a-justica-apos-a-emenda-constitucional-n-45-2004](http://www.tex.pro.br/home/artigos/259-artigos-jan-2014/6386-o-principio-do-acesso-a-justica-apos-a-emenda-constitucional-n-45-2004). Acesso em maio de 2015

Conforme a NBR 6023:2000 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico publicado em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma: SOUZA, José Flávio Matos. *A conciliação como meio alternativo de solução de litígios trabalhistas*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 18 maio 2015. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.53454>>. Acesso em: 23 maio 2015.

ANOTAÇÕES À CONVENÇÃO SOBRE A PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL SUBAQUÁTICO DE 2001

TAUÃ LIMA VERDAN RANGEL: Bacharel em Direito, do Centro Universitário São Camilo. Autor de vários artigos na área do Direito Penal, Direito Constitucional, Direito Civil e Direito Ambiental. Mestrando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da UFF. Bolsista CAPES.

Resumo: O objetivo do presente está assentado na análise itinerário como instrumento apto à promoção e salvaguarda do patrimônio cultural. Cuida salientar que o meio ambiente cultural é constituído por bens culturais, cuja acepção compreende aqueles que possuem valor histórico, artístico, paisagístico, arqueológico, espeleológico, fossilífero, turístico, científico, refletindo as características de uma determinada sociedade. Ao lado disso, quadra anotar que a cultura identifica as sociedades humanas, sendo formada pela história e maciçamente influenciada pela natureza, como localização geográfica e clima. Com efeito, o meio ambiente cultural decorre de uma intensa interação entre homem e natureza, porquanto aquele constrói o seu meio, e toda sua atividade e percepção são conformadas pela sua cultura. A cultura brasileira é o resultado daquilo que era próprio das populações tradicionais indígenas e das transformações trazidas pelos diversos grupos colonizadores e escravos africanos. Nesta toada, ao se analisar o meio ambiente cultural, enquanto complexo macrossistema, é perceptível que é algo incorpóreo, abstrato, fluído, constituído por bens culturais materiais e imateriais portadores de referência à memória, à ação e à identidade dos distintos grupos formadores da sociedade brasileira. O conceito de patrimônio histórico e artístico nacional abrange todos os bens moveis e imóveis, existentes no

País, cuja conservação seja de interesse público, por sua vinculação a fatos memoráveis da História pátria ou por seu excepcional valor artístico, arqueológico, etnográfico, bibliográfico e ambiental.

Palavras-chaves: Patrimônio Cultural. Tutela Jurídica. Documentos Internacionais.

Sumário: 1 Ponderações Introdutórias: Breves notas à construção teórica da Ramificação Ambiental do Direito; 2 Comentários à concepção de Meio Ambiente; 3 Meio Ambiente e Patrimônio Cultural: Aspectos Introdutórios; 4 Anotações à Convenção sobre a Proteção do Patrimônio Cultural Subaquático de 2001.

1 Ponderações Introdutórias: Breves notas à construção teórica da Ramificação Ambiental do Direito

Inicialmente, ao se dispensar um exame acerca do tema colocado em tela, patente se faz arrazoar que a Ciência Jurídica, enquanto um conjunto multifacetado de arcabouço doutrinário e técnico, assim como as robustas ramificações que a integram, reclama uma interpretação alicerçada nos plurais aspectos modificadores que passaram a influir em sua estruturação. Neste almiré, lançando à tona os aspectos característicos de mutabilidade que passaram a orientar o Direito, tornou-se imperioso salientar, com ênfase, que não mais subsiste uma visão arrimada em preceitos estagnados e estanques, alheios às necessidades e às diversidades sociais que passaram a contornar os Ordenamentos

Jurídicos. Ora, infere-se que não mais prospera o arcabouço imutável que outrora sedimentava a aplicação das leis, sendo, em decorrência dos anseios da população, suplantados em uma nova sistemática.

Com espeque em tais premissas, cuida hastear, com bastante pertinência, como flâmula de interpretação o “*prisma de avaliação o brocardo jurídico 'Ubi societas, ibi jus', ou seja, 'Onde está a sociedade, está o Direito', tornando explícita e cristalina a relação de interdependência que esse binômio mantém*”^[1]. Destarte, com clareza solar, denota-se que há uma interação consolidada na mútua dependência, já que o primeiro tem suas balizas fincadas no constante processo de evolução da sociedade, com o fito de que seus Diplomas Legislativos e institutos não fiquem inquinados de inaptidão e arcaísmo, em total descompasso com a realidade vigente. A segunda, por sua vez, apresenta estrutural dependência das regras consolidadas pelo Ordenamento Pátrio, cujo escopo primevo é assegurar que não haja uma vingança privada, afastando, por extensão, qualquer ranço que rememore priscas eras em que o homem valorizava a Lei de Talião (“Olho por olho, dente por dente”), bem como para evitar que se robusteça um cenário caótico no seio da coletividade.

Ademais, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, imprescindível se fez adotá-la como maciço axioma de sustentação do Ordenamento Brasileiro, precipuamente quando se objetiva a amoldagem do texto legal, genérico e abstrato, aos complexos anseios e múltiplas necessidades que influenciam a realidade contemporânea. Ao lado disso, há que se citar o voto magistral voto

proferido pelo Ministro Eros Grau, ao apreciar a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº. 46/DF, “*o direito é um organismo vivo, peculiar porém porque não envelhece, nem permanece jovem, pois é contemporâneo à realidade. O direito é um dinamismo. Essa, a sua força, o seu fascínio, a sua beleza*”^[2]. Como bem pontuado, o fascínio da Ciência Jurídica jaz, justamente, na constante e imprescindível mutabilidade que apresenta, decorrente do dinamismo que reverbera na sociedade e orienta a aplicação dos Diplomas Legais e os institutos jurídicos neles consagrados.

Ainda neste substrato de exposição, pode-se evidenciar que a concepção pós-positivista que passou a permear o Direito, ofertou, por via de consequência, uma rotunda independência dos estudiosos e profissionais da Ciência Jurídica. Aliás, há que se citar o entendimento de Verdan, “*esta doutrina é o ponto culminante de uma progressiva evolução acerca do valor atribuído aos princípios em face da legislação*”^[3]. Destarte, a partir de uma análise profunda dos mencionados sustentáculos, infere-se que o ponto central da corrente pós-positivista cinge-se à valoração da robusta tábua principiológica que Direito e, por conseguinte, o arcabouço normativo passando a figurar, nesta tela, como normas de cunho vinculante, flâmulas hasteadas a serem adotadas na aplicação e interpretação do conteúdo das leis, diante das situações concretas.

Nas últimas décadas, o aspecto de mutabilidade tornou-se ainda mais evidente, em especial, quando se analisa a construção de novos que derivam da Ciência Jurídica. Entre estes, cuida destacar a ramificação

ambiental, considerando como um ponto de congruência da formação de novos ideários e cânones, motivados, sobretudo, pela premissa de um manancial de novos valores adotados. Nesta trilha de argumentação, de boa técnica se apresenta os ensinamentos de Fernando de Azevedo Alves Brito que, em seu artigo, aduz: *“Com a intensificação, entretanto, do interesse dos estudiosos do Direito pelo assunto, passou-se a desvendar as peculiaridades ambientais, que, por estarem muito mais ligadas às ciências biológicas, até então era marginalizadas”*^[4]. Assim, em decorrência da proeminência que os temas ambientais vêm, de maneira paulatina, alcançando, notadamente a partir das últimas discussões internacionais envolvendo a necessidade de um desenvolvimento econômico pautado em sustentabilidade, não é raro que prospere, mormente em razão de novos fatores, um verdadeiro remodelamento ou mesmo uma releitura dos conceitos que abalizam a ramificação ambiental do Direito, com o fito de permitir que ocorra a conservação e recuperação das áreas degradadas, primacialmente as culturais.

Ademais, há de ressaltar ainda que o direito ambiental passou a figurar, especialmente, depois das décadas de 1950 e 1960, como um elemento integrante da farta e sólida tábua de direitos fundamentais. Calha realçar que mais contemporâneos, os direitos que constituem a terceira dimensão recebem a alcunha de direitos de fraternidade ou, ainda, de solidariedade, contemplando, em sua estrutura, uma patente preocupação com o destino da humanidade^[5]. Ora, daí se verifica a inclusão de meio ambiente como um direito fundamental, logo, está umbilicalmente atrelado com humanismo e, por extensão, a um ideal de sociedade mais justa e solidária. Nesse sentido, ainda, é plausível citar o

artigo 3º., inciso I, da Carta Política de 1988 que abriga em sua redação tais pressupostos como os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direitos: “*Art. 3º - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária*”[6].

Ainda nesta esteira, é possível verificar que a construção dos direitos encampados sob a rubrica de terceira dimensão tende a identificar a existência de valores concernentes a uma determinada categoria de pessoas, consideradas enquanto unidade, não mais prosperando a típica fragmentação individual de seus componentes de maneira isolada, tal como ocorria em momento pretérito. Com o escopo de ilustrar, de maneira pertinente as ponderações vertidas, insta trazer à colação o entendimento do Ministro Celso de Mello, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº. 1.856/RJ, em especial quando destaca:

Cabe assinalar, Senhor Presidente, que os direitos de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos, genericamente, e de modo difuso, a todos os integrantes dos agrupamentos sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem, por isso mesmo, ao lado dos denominados direitos de quarta geração (como o direito ao desenvolvimento e o direito à paz), um momento importante no processo de expansão e reconhecimento dos direitos humanos, qualificados estes, enquanto valores fundamentais

indisponíveis, como prerrogativas impregnadas de uma natureza essencialmente inexaurível[7].

Quadra anotar que os direitos alocados sob a rubrica de *direito de terceira dimensão* encontram como assento primordial a visão da espécie humana na condição de coletividade, superando, via de consequência, a tradicional visão que está pautada no ser humano em sua individualidade. Assim, a preocupação identificada está alicerçada em direitos que são coletivos, cujas influências afetam a todos, de maneira indiscriminada. Ao lado do exposto, cuida mencionar, segundo Bonavides, que tais direitos “*têm primeiro por destinatários o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta*”[8]. Com efeito, os direitos de terceira dimensão, dentre os quais se inclui ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, positivado na Constituição de 1988, emerge com um claro e tangível aspecto de familiaridade, como ápice da evolução e concretização dos direitos fundamentais.

2 Comentários à concepção de Meio Ambiente

Em uma primeira plana, ao lançar mão do sedimentado jurídico-doutrinário apresentado pelo inciso I do artigo 3º da Lei Nº. 6.938, de 31 de agosto de 1981[9], que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências, salienta que o meio ambiente consiste no conjunto e conjunto de condições, leis e influências de ordem química, física e biológica que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas. Pois bem, com o escopo de promover uma facilitação do aspecto conceitual

apresentado, é possível verificar que o meio ambiente se assenta em um complexo diálogo de fatores abióticos, provenientes de ordem química e física, e bióticos, consistentes nas plurais e diversificadas formas de seres vivos. Consoante os ensinamentos apresentados por José Afonso da Silva, considera-se meio-ambiente como “*a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas*”[\[10\]](#).

Nesta senda, ainda, Fiorillo[\[11\]](#), ao tecer comentários acerca da acepção conceitual de meio ambiente, coloca em destaque que tal tema se assenta em um ideário jurídico indeterminado, incumbindo, ao intérprete das leis, promover o seu preenchimento. Dada à fluidez do tema, é possível colocar em evidência que o meio ambiente encontra íntima e umbilical relação com os componentes que cercam o ser humano, os quais são de imprescindível relevância para a sua existência. O Ministro Luiz Fux, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade N.º. 4.029/AM, salientou, com bastante pertinência, que:

(...) o meio ambiente é um conceito hoje geminado com o de saúde pública, saúde de cada indivíduo, sadia qualidade de vida, diz a Constituição, é por isso que estou falando de saúde, e hoje todos nós sabemos que ele é imbricado, é conceitualmente geminado com o próprio desenvolvimento. Se antes nós dizíamos que o meio ambiente é compatível com o desenvolvimento, hoje nós dizemos, a partir da Constituição, tecnicamente,

que não pode haver desenvolvimento senão com o meio ambiente ecologicamente equilibrado. A geminação do conceito me parece de rigor técnico, porque salta da própria Constituição Federal[12].

É denotável, desta sorte, que a constitucionalização do meio ambiente no Brasil viabilizou um verdadeiro salto qualitativo, no que concerne, especificamente, às normas de proteção ambiental. Tal fato decorre da premissa que os robustos corolários e princípios norteadores foram alçados ao patamar constitucional, assumindo colocação eminente, ao lado das liberdades públicas e dos direitos fundamentais. Superadas tais premissas, aprouve ao Constituinte, ao entalhar a Carta Política Brasileira, ressoando os valores provenientes dos direitos de terceira dimensão, insculpir na redação do artigo 225, conceder amplo e robusto respaldo ao meio ambiente como pilar integrante dos direitos fundamentais. *“Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, as normas de proteção ambiental são alçadas à categoria de normas constitucionais, com elaboração de capítulo especialmente dedicado à proteção do meio ambiente”*[13]. Nesta toada, ainda, é observável que o *caput* do artigo 225 da Constituição Federal de 1988[14] está abalizado em quatro pilares distintos, robustos e singulares que, em conjunto, dão corpo a toda tábua ideológica e teórica que assegura o substrato de edificação da ramificação ambiental.

Primeiramente, em decorrência do tratamento dispensado pelo artífice da Constituição Federal, o meio ambiente foi içado à condição de direito de todos, presentes e futuras gerações. É encarado como algo

pertencente a toda coletividade, assim, por esse prisma, não se admite o emprego de qualquer distinção entre brasileiro nato, naturalizado ou estrangeiro, destacando-se, sim, a necessidade de preservação, conservação e não-poluição. O artigo 225, devido ao cunho de direito difuso que possui, extrapola os limites territoriais do Estado Brasileiro, não ficando centrado, apenas, na extensão nacional, compreendendo toda a humanidade. Neste sentido, o Ministro Celso de Mello, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade N° 1.856/RJ, destacou que:

A preocupação com o meio ambiente - que hoje transcende o plano das presentes gerações, para também atuar em favor das gerações futuras (...) tem constituído, por isso mesmo, objeto de regulações normativas e de proclamações jurídicas, que, ultrapassando a província meramente doméstica do direito nacional de cada Estado soberano, projetam-se no plano das declarações internacionais, que refletem, em sua expressão concreta, o compromisso das Nações com o indeclinável respeito a esse direito fundamental que assiste a toda a Humanidade[15].

O termo “todos”, aludido na redação do *caput* do artigo 225 da Constituição Federal de 1988, faz menção aos já nascidos (presente geração) e ainda aqueles que estão por nascer (futura geração), cabendo àqueles zelar para que esses tenham à sua disposição, no mínimo, os recursos naturais que hoje existem. Tal fato encontra como arrimo a premissa que foi reconhecido ao gênero humano o direito fundamental à

liberdade, à igualdade e ao gozo de condições de vida adequada, em ambiente que permita desenvolver todas as suas potencialidades em clima de dignidade e bem-estar. Pode-se considerar como um direito transgeracional, ou seja, ultrapassa as gerações, logo, é viável afirmar que o meio-ambiente é um direito público subjetivo. Desta feita, o ideário de que o meio ambiente substancializa patrimônio público a ser imperiosamente assegurado e protegido pelos organismos sociais e pelas instituições estatais, qualificando verdadeiro encargo irrenunciável que se impõe, objetivando sempre o benefício das presentes e das futuras gerações, incumbindo tanto ao Poder Público quanto à coletividade considerada em si mesma.

Assim, decorrente de tal fato, produz efeito *erga omnes*, sendo, portanto, oponível contra a todos, incluindo pessoa física/natural ou jurídica, de direito público interno ou externo, ou mesmo de direito privado, como também ente estatal, autarquia, fundação ou sociedade de economia mista. Impera, também, evidenciar que, como um direito difuso, não subiste a possibilidade de quantificar quantas são as pessoas atingidas, pois a poluição não afeta tão só a população local, mas sim toda a humanidade, pois a coletividade é indeterminada. Nesta senda, o direito à interidade do meio ambiente substancializa verdadeira prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, ressoando a expressão robusta de um poder deferido, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas num sentido mais amplo, atribuído à própria coletividade social.

Com a nova sistemática entabulada pela redação do artigo 225 da Carta Maior, o meio-ambiente passou a ter autonomia, tal seja não

está vinculada a lesões perpetradas contra o ser humano para se agasalhar das reprimendas a serem utilizadas em relação ao ato perpetrado. Figura-se, *ergo*, como bem de uso comum do povo o segundo pilar que dá corpo aos sustentáculos do tema em tela. O axioma a ser esmiuçado, está atrelado o meio-ambiente como vetor da sadia qualidade de vida, ou seja, manifesta-se na salubridade, precipuamente, ao vincular a espécie humana está se tratando do bem-estar e condições mínimas de existência. Igualmente, o sustentáculo em análise se corporifica também na higidez, ao cumprir os preceitos de ecologicamente equilibrado, salvaguardando a vida em todas as suas formas (diversidade de espécies).

Por derradeiro, o quarto pilar é a corresponsabilidade, que impõe ao Poder Público o dever geral de se responsabilizar por todos os elementos que integram o meio ambiente, assim como a condição positiva de atuar em prol de resguardar. Igualmente, tem a obrigação de atuar no sentido de zelar, defender e preservar, asseverando que o meio-ambiente permaneça intacto. Aliás, este último se diferencia de conservar que permite a ação antrópica, viabilizando melhorias no meio ambiente, trabalhando com as premissas de desenvolvimento sustentável, aliando progresso e conservação. Por seu turno, o cidadão tem o dever negativo, que se apresenta ao não poluir nem agredir o meio-ambiente com sua ação. Além disso, em razão da referida corresponsabilidade, são titulares do meio ambiente os cidadãos da presente e da futura geração.

3 Meio Ambiente e Patrimônio Cultural: Aspectos Introdutórios

Quadra salientar que o meio ambiente cultural é constituído por bens culturais, cuja acepção compreende aqueles que possuem valor

histórico, artístico, paisagístico, arqueológico, espeleológico, fossilífero, turístico, científico, refletindo as características de uma determinada sociedade. Ao lado disso, quadra anotar que a cultura identifica as sociedades humanas, sendo formada pela história e maciçamente influenciada pela natureza, como localização geográfica e clima. Com efeito, o meio ambiente cultural decorre de uma intensa interação entre homem e natureza, porquanto aquele constrói o seu meio, e toda sua atividade e percepção são conformadas pela sua cultura. “A cultura brasileira   o resultado daquilo que era próprio das populações tradicionais indígenas e das transformações trazidas pelos diversos grupos colonizadores e escravos africanos”[16]. Desta maneira, a proteção do patrimônio cultural se revela como instrumento robusto da sobrevivência da própria sociedade.

Nesta toada, ao se analisar o meio ambiente cultural, enquanto complexo macrossistema,   perceptível que   algo incorpóreo, abstrato, fluído, constituído por bens culturais materiais e imateriais portadores de referência   memória,   ação e   identidade dos distintos grupos formadores da sociedade brasileira. Meirelles anota que “o conceito de patrimônio histórico e artístico nacional abrange todos os bens moveis e imóveis, existentes no País, cuja conservação seja de interesse público, por sua vinculação a fatos memoráveis da História pátria ou por seu excepcional valor artístico, arqueológico, etnográfico, bibliográfico e ambiental”[17]. Quadra anotar que os bens compreendidos pelo patrimônio cultural compreendem tanto realizações antrópicas como obras da Natureza; preciosidades do passado e obras contemporâneas.

Nesta esteira, é possível subclassificar o meio ambiente cultural em duas espécies distintas, quais sejam: uma concreta e outra abstrata. Neste passo, o meio-ambiente cultural concreto, também denominado material, se revela materializado quando está transfigurado em um objeto classificado como elemento integrante do meio-ambiente humano. Assim, é possível citar os prédios, as construções, os monumentos arquitetônicos, as estações, os museus e os parques, que albergam em si a qualidade de ponto turístico, artístico, paisagístico, arquitetônico ou histórico. Os exemplos citados alhures, em razão de todos os predicados que ostentam, são denominados de meio-ambiente cultural concreto. Acerca do tema em comento, é possível citar o robusto entendimento jurisprudencial firmado pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar, ao apreciar o Recurso Especial Nº 115.599/RS:

Ementa: Meio Ambiente. Patrimônio cultural. Destruição de dunas em sítios arqueológicos. Responsabilidade civil. Indenização. O autor da destruição de dunas que encobriam sítios arqueológicos deve indenizar pelos prejuízos causados ao meio ambiente, especificamente ao meio ambiente natural (dunas) e ao meio ambiente cultural (jazidas arqueológicas com cerâmica indígena da Fase Vieira). Recurso conhecido em parte e provido. (Superior Tribunal de Justiça – Quarta Turma/ REsp 115.599/RS/ Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar/ Julgado em 27.06.2002/ Publicado no Diário da Justiça em 02.09.2002, p. 192).

Diz-se, de outro modo, o meio-ambiente cultural abstrato, chamado, ainda, de imaterial, quando este não se apresenta materializado no meio-ambiente humano, sendo, deste modo, considerado como a cultura de um povo ou mesmo de uma determinada comunidade. Da mesma maneira, são alcançados por tal acepção a língua e suas variações regionais, os costumes, os modos e como as pessoas relacionam-se, as produções acadêmicas, literárias e científicas, as manifestações decorrentes de cada identidade nacional e/ou regional. Neste sentido, é possível colacionar o entendimento firmado pelo Tribunal Regional Federal da Segunda Região, quando, ao apreciar a Apelação Cível N° 2005251015239518, firmou entendimento que “*expressões tradicionais e termos de uso corrente, trivial e disseminado, reproduzidos em dicionários, integram o patrimônio cultural de um povo*”[18]. Esses aspectos constituem, sem distinção, abstratamente o meio-ambiente cultural. Consoante aponta Brollo, “*o patrimônio cultural imaterial transmite-se de geração a geração e é constantemente recriado pelas comunidades e grupos em função de seu ambiente*”[19], decorrendo, com destaque, da interação com a natureza e dos acontecimentos históricos que permeiam a população.

O Decreto N°. 3.551, de 04 de Agosto de 2000[20], que institui o registro de bens culturais de natureza imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro, cria o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial e dá outras providências, consiste em instrumento efetivo para a preservação dos bens imateriais que integram o meio-ambiente cultural. Como bem aponta Brollo[21], em seu magistério, o aludido decreto não instituiu apenas o registro de bens culturais de natureza imaterial que

integram o patrimônio cultural brasileiro, mas também estruturou uma política de inventariança, referenciamento e valorização desse patrimônio. Ejeta-se, segundo o entendimento firmado por Celso Fiorillo[22], que os bens que constituem o denominado patrimônio cultural consistem na materialização da história de um povo, de todo o caminho de sua formação e reafirmação de seus valores culturais, os quais têm o condão de substancializar a identidade e a cidadania dos indivíduos inseridos em uma determinada comunidade. Necessário se faz salientar que o meio-ambiente cultural, conquanto seja artificial, difere-se do meio-ambiente humano em razão do aspecto cultural que o caracteriza, sendo dotado de valor especial, notadamente em decorrência de produzir um sentimento de identidade no grupo em que se encontra inserido, bem como é propiciada a constante evolução fomentada pela atenção à diversidade e à criatividade humana.

4 Anotações à Convenção sobre a Proteção do Patrimônio Cultural Subaquático de 2001

Em um primeiro momento, a Convenção sobre a Proteção do Patrimônio Cultural Subaquático, promulgada em 2 de novembro de 2001[23], reconheceu a importância do patrimônio cultural subaquático enquanto parte integrante do patrimônio cultural da humanidade e elemento particularmente importante na história dos povos, das nações e das suas relações mútuas no que concerne ao seu patrimônio comum. Igualmente, o documento mencionou acerca da importância de que a pesquisa, a informação e a educação se revestem para a proteção e a preservação do patrimônio cultural subaquático, bem como do direito do

público de beneficiar das vantagens educativas e recreativas decorrentes de um acesso responsável e não intrusivo ao patrimônio cultural subaquático *in situ* e da importância da educação do público para uma maior conscientização, valorização e proteção desse patrimônio.

É oportuno consignar que a Convenção ainda estabeleceu, em seu artigo 2º[24], a concepção de patrimônio cultural subaquático, compreendendo tal locução todos os vestígios da existência do homem de caráter cultural, histórico ou arqueológico que se encontrem parcial ou totalmente, periódica ou continuamente, submersos há, pelo menos, 100 anos, nomeadamente: (i) sítios, estruturas, edifícios, artefatos e restos humanos, bem como o respectivo contexto arqueológico natural; (ii) navios, aeronaves e outros veículos, ou parte deles, a respectiva carga ou outro conteúdo, bem como o respectivo contexto arqueológico e natural; e (iii) artefatos de caráter pré-histórico. De outra banda, a convenção excluiu os oleodutos e cabos colocados no leito do mar não serão considerados parte integrante do patrimônio cultural subaquático. De igual modo, foram excluídas as instalações diferentes de oleodutos ou cabos colocados no leito do mar e ainda em uso não serão considerados parte integrante do patrimônio cultural subaquático.

Oportunamente, o artigo 4º da sobredita Convenção alude acerca da relação entre as leis dos salvados e dos achados, afixando que nenhuma atividade referente ao patrimônio cultural subaquático a que seja aplicável a presente Convenção será submetida às leis em matéria de salvados ou achados, a menos que: a) seja autorizada pelas competentes autoridades, b) esteja em plena conformidade com a Convenção; e c)

garanta a proteção máxima do patrimônio cultural subaquático durante qualquer operação de recuperação. No que tange às atividades com incidência potencial sobre o patrimônio cultural subaquático, dispõe a Convenção de 2001 que cada Estado usará os meios mais adequados de que disponha para prevenir ou mitigar qualquer efeito adverso que possa resultar de atividades levadas a efeito sob a sua jurisdição suscetíveis de afetar, de modo fortuito, o patrimônio cultural subaquático.

O artigo 7º da convenção estabelece nortes sobre o patrimônio cultural subaquático em águas interiores e arquipelágicas e no mar territorial. Em um primeiro momento, no exercício da sua soberania, os Estados gozam do direito exclusivo de regulamentar e autorizar as intervenções sobre o patrimônio cultural subaquático nas suas águas interiores e arquipelágicas e no seu mar territorial. Em um segundo momento, sem prejuízo de outros acordos internacionais e regras do direito internacional aplicáveis ao patrimônio cultural subaquático, os Estados farão respeitar a aplicação das regras nas intervenções sobre o patrimônio cultural subaquático que se encontre nas suas águas interiores e arquipelágicas e no seu mar territorial. Por fim, a convenção diciona que no exercício da sua soberania e de acordo com a prática geral observada entre Estados, os Estados, tendo em vista cooperar no sentido da adoção dos melhores métodos de proteção dos navios e das aeronaves do Estado, deverão informar o Estado de pavilhão da convenção e, sendo caso disso, os outros Estados com interesse legítimo, especialmente de natureza cultural, histórica ou arqueológica, se ocorrer a descoberta de tais navios ou aeronaves nas suas águas arquipelágicas ou no seu mar territorial.

A Convenção, ainda, estabelece uma tábua axiológica que norteará os ditames da proteção do patrimônio cultural subaquático. Dentre tais corolários, convém mencionar que a preservação *in situ*, como forma de preservação do patrimônio cultural subaquático, deverá ser considerada uma opção prioritária. Conseqüentemente, as intervenções sobre o patrimônio cultural subaquático só deverão ser autorizadas se o procedimento for compatível com a proteção desse patrimônio e só poderão ser autorizadas se, sujeitas a tal requisito, contribuirão igualmente, de forma significativa, para a proteção, o conhecimento ou a valorização desse patrimônio. O segundo dogma preconiza que a exploração comercial do patrimônio cultural subaquático para fins de transação ou especulação, ou a sua irreversível dispersão, é incompatível com a sua proteção e adequada gestão. Os elementos do patrimônio cultural subaquático não deverão ser negociados, comprados ou trocados como se se tratassem de bens de natureza comercial.

A presente regra não pode ser interpretada como proibindo: a) A prestação de serviços de arqueologia profissionais ou de serviços conexos necessários, cuja natureza e fim estejam em plena conformidade com a presente Convenção, sob reserva da autorização dos serviços competentes; b) O depósito de elementos do patrimônio cultural subaquático recuperados no âmbito de um projeto de investigação em conformidade com a Convenção, desde que tal depósito não seja contrário ao interesse científico ou cultural ou à integridade do material recuperado nem resulte na sua irreversível dispersão. Ao lado disso, afigura como princípio que as intervenções sobre o patrimônio cultural subaquático não deverão afetá-lo negativamente mais do que o necessário para a

consecução dos objetivos do projeto. No mais, é estabelecido como princípio, na Convenção em comento, que as intervenções sobre o patrimônio cultural subaquático devem recorrer a métodos e técnicas de prospecção não destrutivas, devendo dar-se preferência à recuperação de objetos. Se a escavação ou a recuperação se revelarem necessárias para o estudo científico ou para a proteção definitiva do patrimônio cultural subaquático, as técnicas e os métodos a usar devem ser o menos destrutivos possível e contribuir para a preservação dos vestígios. É edificado como princípio, ainda, que as intervenções sobre o patrimônio cultural subaquático não devem perturbar desnecessariamente os restos humanos ou sítios venerados.

Referência:

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21 ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros Ltda., 2007.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 08 mar. 2015.

_____. **Convenção sobre a Proteção do Patrimônio Cultural Subaquático**. Promulgada em 2 de novembro de 2001. Disponível em: <<http://www.unesco.org>>. Acesso em 08 mar. 2015.

_____. **Decreto Nº 3.551, de 04 de Agosto de 2000**. Institui o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro, cria o Programa Nacional do Patrimônio

Imaterial e dá outras providências. Disponível em:
<<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 08 mar. 2015.

_____. **Decreto-Lei N° 25, de 30 de novembro de 1937.** Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. Disponível em:
<<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 08 mar. 2015.

_____. **Lei N°. 6.938, de 31 de Agosto de 1981.** Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em:
<<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 08 mar. 2015.

_____. **Lei N°. 10.257, de 10 de Julho de 2001.** Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em:
<<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 08 mar. 2015.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Disponível em:
<www.stf.jus.br>. Acesso em 08 mar. 2015.

_____. **Tribunal Regional Federal da Segunda Região.** Disponível em: <www.trf2.jus.br>. Acesso em 08 mar. 2015.

BRITO, Fernando de Azevedo Alves. A hodierna classificação do meio-ambiente, o seu remodelamento e a problemática sobre a existência ou a inexistência das classes do meio-ambiente do trabalho e do meio-ambiente misto. **Boletim Jurídico**, Uberaba, a. 5, n. 968. Disponível em:
<<http://www.boletimjuridico.com.br>>. Acesso em 08 mar. 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24 ed, rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 13 ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 38 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012.

MINAS GERAIS (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**. Disponível em: <www.tjmg.jus.br>. Acesso em 08 mar. 2015.

MOTTA, Sylvio; DOUGLAS, Willian. **Direito Constitucional – Teoria, Jurisprudência e 1.000 Questões**. 15 ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2004.

RIO GRANDE DO SUL (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em 08 mar. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental: Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

THOMÉ, Romeu. **Manual de Direito Ambiental: Conforme o Novo Código Florestal e a Lei Complementar 140/2011**. 2 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012.

VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br>>. Acesso em 08 mar. 2015.

NOTAS:

[1] VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br>>. Acesso em 08 mar. 2015, s.p.

[2] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental N°. 46/DF. Empresa Pública de Correios e Telégrafos. Privilégio de Entrega de Correspondências. Serviço Postal. Controvérsia referente à Lei Federal 6.538, de 22 de Junho de 1978. Ato Normativo que regula direitos e obrigações concernentes ao Serviço Postal. Previsão de Sanções nas Hipóteses de Violação do Privilégio Postal. Compatibilidade com o Sistema Constitucional Vigente. Alegação de afronta ao disposto nos artigos 1º, inciso IV; 5º, inciso XIII, 170, caput, inciso IV e parágrafo único, e 173 da Constituição do Brasil. Violação dos Princípios da Livre Concorrência e Livre Iniciativa. Não Caracterização. Arguição Julgada Improcedente. Interpretação conforme à Constituição conferida ao artigo 42 da Lei N. 6.538, que estabelece sanção, se configurada a violação do privilégio postal da União. Aplicação às atividades postais descritas no artigo 9º, da lei. Órgão

Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marcos Aurélio. Julgado em 05 ag. 2009. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 08 mar. 2015.

[3] VERDAN, 2009, s.p.

[4] BRITO, Fernando de Azevedo Alves. A hodierna classificação do meio-ambiente, o seu remodelamento e a problemática sobre a existência ou a inexistência das classes do meio-ambiente do trabalho e do meio-ambiente misto. **Boletim Jurídico**, Uberaba, ano 5, n. 968. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br>>. Acesso em 08 mar. 2015.

[5] MOTTA, Sylvio; DOUGLAS, Willian. **Direito Constitucional – Teoria, Jurisprudência e 1.000 Questões** 15 ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2004, p. 69.

[6] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 08 mar. 2015.

[7] Idem. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 1.856/RJ. Ação Direta De Inconstitucionalidade - Briga de galos (Lei Fluminense Nº 2.895/98) - Legislação Estadual que, pertinente a exposições e a competições entre aves das raças combatentes, favorece essa prática criminosa - Diploma Legislativo que estimula o cometimento de atos de crueldade contra galos de briga - Crime Ambiental (Lei Nº 9.605/98, ART. 32) - Meio Ambiente - Direito à preservação de sua integridade (CF, Art. 225) - Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade - Direito de terceira

geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade - Proteção constitucional da fauna (CF, Art. 225, § 1º, VII) - Descaracterização da briga de galo como manifestação cultural - Reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei Estadual impugnada - Ação Direta procedente. Legislação Estadual que autoriza a realização de exposições e competições entre aves das raças combatentes - Norma que institucionaliza a prática de crueldade contra a fauna – Inconstitucionalidade. . Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 26 mai. 2011. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 08 mar. 2015.

[8] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21 ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros Ltda., 2007, p. 569.

[9] BRASIL. **Lei Nº. 6.938, de 31 de Agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 08 mar. 2015.

[10] SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p.20.

[11] FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 13 ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 77.

[12] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 4.029/AM. Ação Direta de

Inconstitucionalidade. Lei Federal Nº 11.516/07. Criação do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade. Legitimidade da Associação Nacional dos Servidores do IBAMA. Entidade de Classe de Âmbito Nacional. Violação do art. 62, caput e § 9º, da Constituição. Não emissão de parecer pela Comissão Mista Parlamentar. Inconstitucionalidade dos artigos 5º, caput, e 6º, caput e parágrafos 1º e 2º, da Resolução Nº 1 de 2002 do Congresso Nacional. Modulação dos Efeitos Temporais da Nulidade (Art. 27 da Lei 9.868/99). Ação Direta Parcialmente Procedente. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgado em 08 mar. 2012. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 08 mar. 2015.

[13] THOMÉ, Romeu. **Manual de Direito Ambiental: Conforme o Novo Código Florestal e a Lei Complementar 140/2011**. 2 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012, p. 116.

[14] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 08 mar. 2015: “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

[15] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 1.856/RJ. Ação Direta De Inconstitucionalidade - Briga de galos (Lei Fluminense Nº 2.895/98) - Legislação Estadual que, pertinente a exposições e a competições entre

aves das raças combatentes, favorece essa prática criminosa - Diploma Legislativo que estimula o cometimento de atos de crueldade contra galos de briga - Crime Ambiental (Lei Nº 9.605/98, ART. 32) - Meio Ambiente - Direito à preservação de sua integridade (CF, Art. 225) - Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade - Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade - Proteção constitucional da fauna (CF, Art. 225, § 1º, VII) - Descaracterização da briga de galo como manifestação cultural - Reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei Estadual impugnada - Ação Direta procedente. Legislação Estadual que autoriza a realização de exposições e competições entre aves das raças combatentes - Norma que institucionaliza a prática de crueldade contra a fauna – Inconstitucionalidade. . Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 26 mai. 2011. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 08 mar. 2015.

[16] BROLLO, Sílvia Regina Salau. **Tutela Jurídica do meio ambiente cultural: Proteção contra a exportação ilícita dos bens culturais**. 106f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2006. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde_arquivos/1/TDE-2006-10-05T061948Z-421/Publico/SilviaDto.pdf>. Acesso em 08 mar. 2015, p. 15-16.

[17] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 38 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 634.

[18] BRASIL. **Tribunal Regional Federal da Segunda Região**. Acórdão proferido em Apelação Cível N° 2005251015239518. Direito da propriedade industrial. Marca fraca e marca de alto renome. Anulação de marca. Uso compartilhado de signo mercadológico (ÔMEGA). I – Expressões tradicionais e termos de uso corrente, trivial e disseminado, reproduzidos em dicionários, integram o patrimônio cultural de um povo. Palavras dotadas dessas características podem inspirar o registro de marcas, pelas peculiaridades de suas expressões eufônicas ou pela sua inegável repercussão associativa no imaginário do consumidor. II – É fraca a marca que reproduz a última letra do alfabeto grego (Omega), utilizado pelo povo helênico desde o século VIII a.C., e inserida pelos povos eslavos no alfabeto cirílico, utilizado no Império Bizantino desde o século X d.C. O propósito de sua adoção é, inegavelmente, o de fazer uso da familiaridade do consumidor com o vocábulo de uso corrente desde a Antiguidade. III – Se uma marca fraca alcançou alto renome, a ela só se pode assegurar proteção limitada, despida do jus excludendi de terceiros, que também fazem uso do mesmo signo merceológico de boa-fé e em atividade distinta. Nessas circunstâncias, não há a possibilidade de o consumidor incidir erro ou, ainda, de se configurar concorrência desleal. IV – Apelação parcialmente provida tão-somente para ajustar o pólo passivo da relação processual, fazendo constar o Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI como réu, mantida a improcedência do pedido de invalidação do registro da marca mista OMEGA (n° 818.522.216), classe 20 (móveis e acessórios de cozinha), formulado por Ômega S.A. Órgão Julgador: Segunda Turma Especializada. Relator:

Desembargador Federal André Fontes. Julgado em 25.08.2007. Disponível em: <www.trf2.jus.br>. Acesso em 08 mar. 2015.

[19] BROLLO, 2006, p. 33.

[20] BRASIL. **Decreto Nº 3.551, de 04 de Agosto de 2000**. Institui o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro, cria o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 08 mar. 2015.

[21] BROLLO, 2006, p. 33.

[22] FIORILLO, 2012, p. 80.

[23] BRASIL. **Convenção sobre a Proteção do Patrimônio Cultural Subaquático**. Promulgada em 2 de novembro de 2001. Disponível em: <<http://www.unesco.org>>. Acesso em 08 mar. 2015.

[24] BRASIL. **Convenção sobre a Proteção do Patrimônio Cultural Subaquático**. Promulgada em 2 de novembro de 2001. Disponível em: <<http://www.unesco.org>>. Acesso em 08 mar. 2015.

Conforme a NBR 6023:2000 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico publicado em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma: RANGEL, Tauã Lima Verdan. *Anotações à Convenção sobre a Proteção do Patrimônio Cultural Subaquático de 2001*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 18 maio 2015. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.53455>>. Acesso em: 23 maio 2015.