



REVISTA JURÍDICA DA UFRN
inverbis

COMISSÃO EDITORIAL

Presidente

Fernando Henrique Calado Vieira

Membros

Eduarda Teixeira de O. Torres
Gabriela Revoredo P. da Costa
Gustavo Henrique de A. e Silva
Juliana Bezerra Fernandes
Letícia Silva Saraiva Maia
Lucas Dias de Queiroz
Lumena Maria Nogueira L. Costa
Maria Clara Ribeiro D. Bezerra
Roberto Tadeu Marinho Sales
Vanessa de Azevedo Matoso

CONSELHO EDITORIAL

Ana Beatriz Ferreira Rebello
Ana Luisa Demoraes Campos
Anderson Souza da Silva Lanzillo
Andreo Aleksandro Nobre Marques
Anna Emanuella Nelson dos Santos C. da Rocha
Artur Cortez Bonifácio
Bento Herculano Duarte Neto
Claudia Vechi Torres
Diogo Pignataro de Oliveira
Edilson Pereira Nobre Júnior
Elke Mendes Cunha
Érica Verícia Canuto de Oliveira Veras
Fabiano André de Souza Mendonça
Fábio Wellington Ataíde Alves
Fabrício Germano Alves
Felipe Arady Miranda
Francisco Barros Dias
Francisco De Sales Matos
Henrique Batista de Araújo Neto
Humberto Lima de Lucena Filho
Ingrid Zanella Andrade Campos

Ivan Lira de Carvalho
Jahyr-Philippe Bichara
José Araújo da Silva
José Miqueias Antas De Gouveia
Jules Michelet Pereira Queiroz e Silva
Karoline Lins Câmara Marinho
Keity Mara de Souza e Saboya
Leonardo Martins
Lídio Sânzio Gurgel Martiniano
Luciano Athayde Chaves
Luiz Alberto Gurgel de Faria
Madson Ottoni de Almeida Rodrigues
Marcelo Maurício da Silva
Marcelo Navarro Ribeiro Dantas
Marco Bruno Miranda Clementino
Marconi Antas Falcone de Melo
Marcus Aurélio de Freitas Barros
Maria do Perpétuo Socorro Wanderley de Castro
Maria dos Remédios Fontes Silva
Mariana de Siqueira
Marise Costa de Souza Duarte
Morton Luiz Faria de Medeiros
Otacílio dos Santos Silveira Neto
Patrícia Borba Villar Guimarães
Paulo de Souza Coutinho Filho
Paulo Renato Guedes Bezerra
Paulo Roberto Dantas de Souza Leão
Raoni Macedo Bielschowsky
Ricardo Duarte Júnior
Ricardo Tinóco de Góes
Ronaldo Pinheiro de Queiroz
Samuel Max Gabbay
Thiago Oliveira Moreira
Victor Rafael Fernandes Alves
Virgílio Fernandes de Macedo Junior
Vladimir da Rocha França
Walter Nunes da Silva Júnior
Xisto Tiago de Medeiros Neto
Yanko Marcus de Alencar Xavier
Yara Maria Pereira Gurgel
Zéu Palmeira Sobrinho

REVISTA JURÍDICA IN VERBIS

Publicação Semestral dos Acadêmicos do Curso de Direito
da Universidade Federal do Rio Grande do Norte

Reitora

Ângela Maria Paiva Cruz

Vice-Reitora

Maria de Fátima Freire de Melo Ximenes

CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS

Diretora

Maria Arlete Duarte de Araújo

Vice-Diretor

José Dionísio Gomes da Silva

Coordenadora do Curso de Direito

Ana Beatriz Ferreira Rebello

Chefe do Departamento de Direito Público

José Orlando Ribeiro Rosario

Chefe do Departamento de Direito Privado

Thiago Oliveira Moreira

Coordenador da In Verbis

Xisto Tiago de Medeiros Neto

DIAGRAMAÇÃO

Hélder Souza de Lima

REVISÃO

Comissão Editorial da Revista Jurídica In Verbis

TIRAGEM

400 Exemplares

Solicita-se permuta.

Pídese canje.

On demande l'échange.

Si richiede lo scambio.

We ask for exchange.

Wir bitten um austausch.

**Revista Jurídica In Verbis / Publicação semestral dos Acadêmicos
do Curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do
Norte. – Ano 19, n. 36 (jul./dez. 2014).**

Semestral

ISSN 1413-2605

**1. Direito – Periódicos. I. Universidade Federal do Rio Grande do
Norte. Centro de Ciências Sociais Aplicadas - CCSA/UFRN**

CDU - 34

**Comissão Editorial da Revista Jurídica In Verbis
Universidade Federal do Rio Grande do Norte - Espaço Integrado CAAC - In Verbis
Av. Senador Salgado Filho, 3.000 - Setor I - Curso de Direito
Campus Universitário - Lagoa Nova - Natal/RN - CEP 59072-970
Home Page: www.inverbis.com.br
E-mail: contato@inverbis.com.br**

**Os artigos assinados são de exclusiva responsabilidade dos autores. É permitida a
reprodução total ou parcial dos artigos desta Revista, desde que citada a fonte.**

Sumário

EDITORIAL	05
------------------------	-----------

A CONFORMIDADE DO CADASTRO POSITIVO DE CONSUMO FACE AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE	09
---	-----------

Débora Daniele Rodrigues e Melo
Lucas Afonso Sousa e Silva

A (DES)CONTINUIDADE NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DE TRANSPORTE PÚBLICO URBANO RODOVIÁRIO EM NATAL/RN DURANTE A MADRUGADA	27
--	-----------

Lázaro Silva Gomes do Nascimento

A DISPENSA INDIVIDUAL IMOTIVADA SOB A ÓTICA CONSTITUCIONAL	47
---	-----------

Anne Karoline Melo de Farias

A TRIBUTAÇÃO ECOLÓGICA COMO INSTRUMENTO DE REGULAÇÃO A SERVIÇO DA GESTÃO AMBIENTAL NO BRASIL	65
---	-----------

Gabriela Galiza e Silva

A NECESSIDADE DE PROCURAÇÃO PÚBLICA PARA REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL DE ANALFABETOS COMO OBSTÁCULO AO ACESSO À JUSTIÇA	83
--	-----------

Paula Kareninne de Brito Bezerra

ASPECTOS FALHOS DOS MECANISMOS DE IMPLEMENTAÇÃO DE DECISÕES NO SISTEMA DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS DA OMC	101
--	------------

Thiago de Lucena Motta

GRAVIDEZ NÃO PLANEJADA E CONDENAÇÃO DA MULHER À MATERNIDADE INDESEJADA: UMA ANÁLISE DO ASPECTO SOCIAFETIVO DA FILIAÇÃO COM VISTAS À REGULAMENTAÇÃO DO PARTO ANÔNIMO 121

Hermano Victor Faustino

PETROBRAS E TRATAMENTO DIFERENCIADO: LIMITES DA ISONOMIA NO SETOR UPSTREAM DA INDÚSTRIA DO PETRÓLEO 135

Sânzia Mirelly da Costa Guedes

UM NOVO PARADIGMA SOBRE AUTONOMIA A PARTIR DA CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA ... 155

Fernanda Holanda Fernandes

UM PARALELO ENTRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O DIREITO À PRIVACIDADE: A QUESTÃO DAS BIOGRAFIAS 175

Beatriz Costa Rodrigues Farias

Gabriela Mariel Moura de Azevedo

[ARTIGO CONVIDADO]: INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS NO PROJETO DE LEI DO NOVO CPC 195

Daniel Amorim Assumpção Neves

[ARTIGO CONVIDADO]: O CASO PRESTIGE: A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DA ESPANHA E AS MUDANÇAS NA LEGISLAÇÃO DE NAVIOS MONOCASCOS 211

Gabriel Victor Rodrigues Pinto

Ingrid Zanella Andrade Campos

POSFÁCIO 227

REGRAS DE PUBLICAÇÃO PARA A PRÓXIMA EDIÇÃO 229

Editorial

Encontra-se aqui, como de costume, a síntese material de um intenso período de dedicação e de aprendizado, permeado por debates construtivos e por parcerias engrandecedoras.

Ao longo dos últimos seis meses, a Comissão Editorial enfrentou copiosos desafios para realizar a missão da Revista: levar à comunidade jurídica nacional o resultado do árduo trabalho intelectual de inúmeros estudiosos do Direito e de seus orientadores, prezando sempre pela excelência no conteúdo dos artigos publicados.

Para alcançar essa qualidade, os artigos formalmente adequados foram submetidos a uma seleção material, realizada de forma anônima, por dois avaliadores de notório saber jurídico, tornando o processo de seleção dos trabalhos justo e imparcial. A esses corretores, membros de nosso Conselho Editorial, devemos grandes agradecimentos pela presteza e pelo comprometimento com a *In Verbis*.

Expressamos, ademais, nosso contentamento com a parceria firmada com a Escola de Magistratura do Rio Grande do Norte, a ESMARN, a qual muito tem a contribuir para a expansão do conhecimento jurídico na terra potiguar. Estamos certos de que esse apoio mútuo proporcionará uma maior troca de informações entre o ambiente universitário e o mundo profissional do Direito.

Mostramos, ainda, imensa satisfação em continuar com parcerias iniciadas em períodos anteriores, afinal, a *In Verbis* é pautada no valor da Tradição tanto quanto no da Inovação. Nesse sentido, conservamos o espaço inaugurado na última edição da Revista dedicado à publicação de artigos produzidos por advogados apoiadores do projeto. Aproveitamos a oportunidade para agradecer a todos os escritórios de advocacia e às demais instituições que acreditam e investem nos propósitos da *In Verbis*.

Não podemos deixar de registrar um agradecimento especial aos advogados Daniel Amorim e Rossana Fonseca, cujo apoio incondicional foi fundamental para o aprimoramento da Revista.

Além disso, outro laço de extrema importância mantido é com a Revista Jurídica FIDES, também da UFRN, com a qual realizamos, com sucesso, o segundo evento de incentivo à pesquisa jurídico-científica, em que as professoras Anna Emanuella da Rocha, Karoline Marinho e Mariana de Siqueira colaboraram brilhantemente. A elas, também, o nosso mais sincero obrigado.

Como não podia deixar de ser, essa edição traz uma inovação. Agora, no fim de cada Revista, encontrar-se-á um posfácio, escrito por um detentor de apreço por tudo aquilo que difunde conhecimento de qualidade. Nessa edição, contamos com o idealizador desse texto final, o professor Francisco Sales.

Por fim, parabenizamos os articulistas e agradecemos a todos que de alguma forma se envolveram com o projeto - seja colaborando com a sua concretização; seja, simplesmente, oferecendo críticas e sugestões. Todos vocês foram fundamentais para o amadurecimento do mais antigo periódico científico organizado exclusivamente por estudantes no Brasil.

Esperamos que todos e todas tenham uma excelente leitura.

A Comissão Editorial.

Artigos

A CONFORMIDADE DO CADASTRO POSITIVO DE CONSUMO FACE AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE

Débora Daniele Rodrigues e Melo

Acadêmica do 7º período do Curso de Direito da UFRN
Estagiária do Ministério Público Federal

Lucas Afonso Sousa e Silva

Acadêmico do 7º período do Curso de Direito da UFRN
Estagiário do Ministério Público Estadual

Victor Rafael Fernandes Alves

Professor Orientador

RESUMO

Este trabalho busca analisar se a criação do cadastro positivo de consumo, através da Lei Ordinária Federal nº 12.441/2011, constitui afronta ao princípio da igualdade entre os consumidores. Para tanto, estuda o conceito, características gerais e disciplinamento legal do cadastro positivo de consumo. Após, enfrenta alguns aspectos atinentes ao princípio da igualdade, examinando-o a partir da clássica obra de Celso Antônio Bandeira de Mello, “O conteúdo jurídico do princípio da igualdade”. Reflete sobre a ocorrência, ou não, de mácula ao princípio isonômico pela instituição do cadastro de consumo. Por fim, conclui pela constitucionalidade da medida que confere tratamento diferenciado entre os consumidores adimplentes e os inadimplentes.

Palavras-chave: Cadastro de consumo. Princípio da igualdade. Violação. Constitucionalidade.

1 INTRODUÇÃO

Em setembro de 2004, na exposição de motivos do Projeto de Lei do Senado nº 263¹, o então Senador Rodolpho Tourinho registrava a nova dinâmica das relações comerciais como essencialmente atrelada à importância dos bancos de dados dos consumidores, mormente em razão do altíssimo número de consultas feitas ao Serviço de Proteção ao Crédito - SPC, o qual oferecia ferramenta essencial para a feitura de negócios creditícios, isto é, o registro de inadimplemento dos consumidores.

Com uma nova perspectiva sobre a questão, o Senado elaborou uma das primeiras propostas para um banco de dados inverso ao existente, o cadastro de *adimplemento* dos consumidores, sob a justificativa de que esse facilitaria e incentivaria a cessão de crédito àqueles indivíduos que demonstrassem histórico de pagamentos pontuais.

Tratando-se de matéria essencialmente atrelada às relações de consumo, a proposta não foi facilmente admitida pela comunidade jurídica. A crítica persistente sobre o tema é de que um histórico positivo de consumidores seria eivado do vício de inconstitucionalidade, por afrontar a isonomia nas relações de consumo e a privacidade dos consumidores, uma vez que a possível segregação entre bons pagadores e devedores ensejaria tratamento evidentemente diferenciado entre esses indivíduos. Essa desigualdade seria contrária à essência do Código de Defesa do Consumidor, diploma legislativo de importância salutar na defesa do equilíbrio nas relações de consumo.

A controvérsia se intensifica com a recente positivação da Lei nº 12.414/2011, a qual é inteiramente dedicada à criação do banco de dados de adimplemento dos consumidores, tanto para pessoas físicas como jurídicas.

Ante tal problemática, este estudo busca avaliar, em plena vigência da denominada Lei do Cadastro Positivo, sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade a partir da suposta violação ao princípio da igualdade entre os consumidores.

Para tanto, analisará o conceito, características gerais e disciplinamento legal do cadastro positivo de consumo. Após, enfrentará alguns aspectos atinentes ao princípio da igualdade, examinando-o a partir da clássica obra de Celso Antônio Bandeira de Mello, "O conteúdo jurídico do

¹ Vide Diário do Senado Federal, disponível em: <<http://www.portaldocomercio.org.br/SipD/default.aspx?arquivo=5778&id=32220>>. Acesso em: 15 nov. 2013.



princípio da igualdade”.

Por fim, refletirá sobre a ocorrência, ou não, de afronta ao princípio isonômico pela instituição do cadastro de consumo através da Lei nº 12.414/2011, concluindo pela constitucionalidade da medida que confere tratamento diferenciado entre os consumidores adimplentes e os inadimplentes.

2 ESBOÇO HISTÓRICO

Concebidos no início do século XIX, os bancos de dados para consumo surgiram nos Estados Unidos da América à época em que esse país se expandia territorialmente, tornando premente a necessidade de um controle efetivo da circulação do crédito (SCHERAIBER, 2005).

No Brasil, as instituições coletoras de dados de crédito surgiram apenas em meados do século XX, em face da expansão da oferta de crédito e da massificação do consumo, o que levou à criação de entidades associadas especializadas na matéria - como o Serviço de Proteção ao Crédito (SPC) -, as quais, nas últimas décadas, passaram a disputar dados negativos (e, recentemente, positivos) com novas empresas e até autarquias, como é o caso do Banco Central (BESSA, 2011).

Por outro lado, o registro de dados positivos, apesar de ser novo para o Brasil, já configura política há muito tempo praticada nos países europeus e nos Estados Unidos, e que, por transparecer relativo sucesso nas práticas creditícias, atraiu a atenção para sua aplicabilidade no país.

A título de exemplo, no ano de 2003, em Hong Kong, foram regularizados os bancos de dados positivos de consumidores, em face do contexto da crise asiática, a qual revelava índices altíssimos de falências em razão das cessões de crédito. Com efeito, verificou-se que, em apenas três anos de vigência desse sistema, estudos já apontavam o histórico positivo como a razão para a diminuição dos índices negativos de crédito (BANKING, 2006).

Outrossim, registra-se, nos Estados Unidos, o tratamento de informações positivas como vetor de vários outros benefícios, a exemplo do acesso de crédito a classes de baixa renda, a redução do inadimplemento, a mitigação do superendividamento e o aumento da competição entre instituições financeiras (BARRON e STATEN, 2000 *apud* BESSA, 2011).

Nesse contexto, vigorou no Brasil um ânimo em relação às possíveis contribuições dos bancos de dados positivos, o que culminou na



recente criação legislativa destinada a implementar, no país, o registro dos consumidores que desejarem expor histórico de adimplemento.

A primeira projeção legal disposto sobre o denominado cadastro positivo dos consumidores foi trazida no Projeto de Lei do Senado nº 263/2004, que buscava acrescentar um parágrafo ao art. 43 do Código de Defesa do Consumidor, disciplinando o encaminhamento dos registros de adimplemento dos consumidores aos sistemas de proteção de crédito já existentes.

Com efeito, a pretensão arquitetada pelo Senado não revelou dedicação suficiente ao tema, levando a crer que, em razão da insuficiência da norma, certamente haveria prejuízo aos cidadãos, ao sistema de defesa do consumidor e ao equilíbrio nas relações de concessão de crédito, além de frontal lesão ao interesse público. Com base nesses fundamentos, o Veto Presidencial nº 40/2010 extinguiu a proposta do Senado, impulsionando, no mesmo ano, a aprovação da Medida Provisória nº 518, destinada a positivar norma inteiramente dedicada ao cadastro positivo de consumidores.

Buscando tratar com sensibilidade o tema, a Medida Provisória nº 518/2006 aparentemente dispunha com cautela quanto aos pontos críticos da formação de banco de dados positivo, revelando-se em consonância com o Código de Defesa do Consumidor desde os aspectos gerais, como também em relação ao tratamento das informações disponibilizadas, da transparência entre as partes e da responsabilidade do fornecedor.

É importante ressaltar que a menção ao Código Consumerista afigura-se de suma importância quando se trata da criação de uma norma aplicável às relações de consumo, sendo destacado o seu papel enquanto norma supralegal, principiológica e informadora das demais (TARTUCE, 2013), com vistas a garantir, sob a tutela coletiva e individual, a proteção do consumidor.

Assim, revelando-se manifestamente mais adequada do que a proposta anterior, a Medida Provisória nº 518/2006 pareceu suficiente para aprovação do Senado, de maneira que no dia 9 de junho de 2011 restou convertida, com poucas ressalvas, na Lei nº 12.414/2011, a qual constitui o objeto deste ensaio.

Ressalte-se, por oportuno, a promulgação do Decreto nº 7.829, de 17 de outubro de 2012, destinado a regulamentar a Lei do Cadastro Positivo, que trouxe acréscimos normativos de proteção ao consumidor e maior clareza nos conceitos a serem aplicados na formação do dito cadastro de consumo.



3 TRATAMENTO LEGAL DO CADASTRO POSITIVO

Já no art. 1º da Lei nº 12.414/2011, define-se o objeto a ser disciplinado como um banco de dados com informações de adimplemento, de pessoas naturais ou de pessoas jurídicas, para formação de histórico de crédito. Ou seja, trata-se de um sistema de armazenamento contínuo dos registros de dívidas devidamente saldadas pelos consumidores (bons pagadores), com vistas a subsidiar as relações de concessão de crédito, sendo fornecido incentivo àqueles cujo histórico seja manifestamente positivo, tais como taxas menores de juros para contratação de empréstimos.

Leonardo Roscoe Bessa (2011) ressalta a importância de se distinguirem os cadastros de consumo em relação aos bancos de dados, embora usualmente confundam-se os termos denominadores desses institutos. O primeiro é instruído a partir de informações que geralmente provêm do próprio consumidor, ao oferecer seus dados pessoais para os estabelecimentos comerciais específicos, quando da efetuação de compras, a fim de estreitar vínculos com o próprio estabelecimento. Os bancos de dados, por sua vez, são instruídos por informações relativas aos consumidores que advêm dos fornecedores, sendo o destino final de tais dados a circulação no mercado de consumo².

Como já mencionado, a Lei do Cadastro Positivo demonstra, com clareza, a preponderância da Legislação Consumerista nas situações eventualmente lesivas aos consumidores decorrentes de sua aplicação, pois a inteligência de seu art. 1º revela que não há prejuízo do disposto no Código de Defesa do Consumidor.

A característica básica do cadastro, segundo Tartuce (2013), é a sua facultatividade (art. 4º), o que significa a liberdade do consumidor em dispor de suas informações, privilegiando a autodeterminação do sujeito na medida em que, ao manifestamente consentir com o registro, opta pelo tratamento oferecido aos bancos de dados positivos a fim de auferir vantagens na realização do negócio (BESSA, 2011).

Quanto à natureza das informações registradas, o art. 3º vincula

² Insta frisar que, para o citado autor, mais correto seria se falar em bancos de dados positivos de consumo. Entretanto, dada à consagração do termo “cadastro positivo de consumo” na doutrina e jurisprudência pátrias, bem como seu uso em referência à Lei nº 12.414/2011, optou-se por denominar dessa maneira o instituto jurídico ora em estudo.



restritivamente os dados a serem anotados a apenas informações de risco de crédito, necessariamente objetivas, claras, verdadeiras e facilmente compreensíveis, não sendo permitida a utilização do cadastro para tratar com diferença os sujeitos em razão de outros aspectos pessoais e sociais (informações sensíveis), resguardando-se, portanto, a intimidade dos consumidores.

O art. 5º da Lei nº 12.414/2011 arrola uma série de direitos ao cadastrado, o qual poderá obter prontamente o cancelamento do cadastro quando solicitado, além de ser informado devidamente sobre sua utilização, como também, dos métodos utilizados para análise de risco.

A despeito do receio anteriormente existente quanto aos perigos de cruzamento dos dados entre as instituições bancárias (SCHERAIKER, 2005), o art. 9º da lei em comento positiva a impossibilidade de compartilhamento do cadastro positivo com outras instituições, sem que haja autorização expressa do consumidor.

Em consonância com a Lei do Cadastro Positivo, o art. 9º do Decreto nº 7.829/2012 restringe as possibilidades de acesso e visualização àqueles que pretendam realizar ou realizem apenas relações comerciais ou creditícias com o cadastrado.

Por fim, acrescente-se, no tocante à responsabilidade das entidades bancárias, que o art. 16 da Lei nº 12.414/2011 institui a responsabilidade objetiva e solidária pelos danos materiais e morais causados ao cadastrado.

Logo, é notável a evolução da disciplina normativa da matéria quando comparada à pretensão elaborada anteriormente pelo Senado. Isso porque a tutela legal para, os sujeitos aderentes ao cadastro positivo, passou a se revestir de múltiplos direitos e garantias em face de possíveis abusos a serem praticados pelos fornecedores.

Assim, resta evidente que, no tocante ao tratamento do consumidor enquanto indivíduo, o amparo legal é adequado, sendo imprescindível, neste momento, a análise das implicações da Lei do Cadastro Positivo a partir de uma perspectiva coletiva.

4 DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE

Não obstante as diversas significações a ela já conferida ao longo da História, a questão da igualdade entre os homens foi abordada desde a Grécia Antiga, servindo de bandeira para a Revolução Francesa e consolidando-se com



sua inserção na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão.

No passado liberal clássico, costumava-se atribuir à igualdade uma concepção meramente formal, isto é, os indivíduos seriam iguais perante a lei, possuindo equivalente aptidão e possibilidades de gozar de direitos (COLLIARD *apud* FERREIRA FILHO, 2012). Garantia-se, assim, um mesmo tratamento jurídico para as pessoas que se encontravam em situações semelhantes (DIMOULIS, 2012).

O surgimento da doutrina do Estado Social, porém, conduziu ao descontentamento com tal conceito de igualdade, visto que, por ser uma ficção jurídica, não salvaguardava aos indivíduos o efetivo exercício de seus direitos, mas apenas a aptidão de lhes ser titular. Para superar as desigualdades de fato entre os sujeitos, surge a concepção de igualdade material, que propugna a busca por mecanismos viabilizadores de uma real equanimidade entre os indivíduos, de modo que eles possam, cada um de acordo com suas peculiaridades, usufruir dos direitos que lhe são garantidos (NICZ, 2010).

É importante frisar que a igualdade material, também denominada isonomia, traduz-se não apenas na aplicação das normas jurídicas aos casos concretos, mas também na observância de seus preceitos quando do processo de elaboração legislativa (MELLO, 2000). Isso porque a lei não é fonte de privilégios ou perseguições, e mesmo quando disciplina diversamente situações jurídicas semelhantes, deve atender aos comandos do princípio da isonomia, sob pena de inconstitucionalidade.

Ocorre que a aplicação prática desse princípio jurídico mostra-se missão deveras tortuosa, haja vista seu alto grau de abstração. Assim sendo, em que situações pode-se dizer que uma lei ou sua aplicação afrontou o princípio da igualdade entre os indivíduos?

Respondendo a tal questionamento, a obra clássica de Celso Antônio Bandeira de Mello, “O conteúdo jurídico do princípio da igualdade”, constitui verdadeiro manual de operacionalização do princípio da igualdade material na práxis jurídica.

Referindo-se à máxima aristotélica de que a isonomia consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades, Celso Antônio Bandeira de Mello assevera ser premente a definição de quem são os *iguais* e os *desiguais*, o que permite diferenciá-los e quais os limites para essa possibilidade de diferenciação legal.

De início, ele infere que os elementos residentes nas coisas, pessoas ou situações podem ser traços de distinção legal entre os indivíduos, desde que apresentem correlação lógica com a desigualdade de tratamentos a eles



dispensados e não ofendam interesses constitucionais.

O autor aduz que a identificação do desrespeito à isonomia deve basear-se na análise de três quesitos: do elemento tomado como fator de desigualação; na correlação lógica entre o critério de *discrímen* e o tratamento jurídico diversificado; e na consonância dessa relação lógica aos preceitos constitucionais (MELLO, 2000).

Quanto ao primeiro aspecto, a lei não pode singularizar no presente e de modo absoluto o destinatário da norma, pois isso configuraria privilégio ou perseguição de determinada pessoa, o que afronta a isonomia.

Por exemplo, é possível o *discrímen* com base no sexo para assegurar que apenas mulheres sejam selecionadas para o cargo de agente penitenciário de presídio feminino. Por outro lado, não é possível que uma lei conceda benefício ou sujeição à mulher “X” que ocupe a Presidência do Brasil desde o ano de 2011, pois seria uma singularização absoluta de tal indivíduo, de modo que a isonomia seria afrontada.

Quanto ao segundo aspecto, deve haver correlação lógica entre o elemento de *discrímen* e os efeitos jurídicos atribuídos a uma pessoa, coisa ou situação em função da desigualdade afirmada. Isso significa que as desigualdades não podem ser fortuitas e injustificadas, pois afrontariam a igualdade (MELLO, 2000).

Imagine-se que, na Universidade Federal do Rio Grande do Norte, fosse editado um regulamento permitindo apenas aos alunos homens faltarem aulas ilimitadamente, enquanto as mulheres deveriam submeter-se ao máximo de dezoito faltas por semestre. Observa-se que não há justificativa racional para a desigualação formulada pelo hipotético regulamento, de modo que as diferenças de sexo, nessa circunstância, não guardam relação lógica com os efeitos jurídicos específicos que foram concedidos à classe masculina, razão pela qual haveria ofensa à igualdade.

Por outro lado, existe a possibilidade de as alunas universitárias mulheres usufruírem do abono de faltas durante certo período de resguardo gestacional. Esse tratamento diferenciado alberga correlação lógica com o elemento de *discrímen* erigido pelo regulamento da Universidade, motivo pelo qual não ofende a isonomia.

Por fim, o terceiro aspecto determina que o tratamento jurídico diferenciado em razão da desigualação verificada deve ter por base uma razão constitucionalmente valiosa, que prestigie um bem constitucional (MELLO, 2000), senão caracteriza-se a incompatibilidade com o princípio da igualdade.



É condizente com a Constituição da República Brasileira, *v.g.*, que pessoas deficientes gozem de percentual específico de ocupação de cargos e empregos públicos (art. 37, VIII, CF), pois é mandamento constitucional a mais acurada proteção desses indivíduos, de modo a lhes proporcionar melhor qualidade de vida e inserção social.

Nesse sentido, Bastos e Martins (1989, p. 7-9 *apud* SEIXAS, 2009³) exemplificam:

O *discrímen* “sexo” torna-se inegavelmente inaceitável sempre que o mesmo seja eleito com o propósito de desnivelar materialmente o homem da mulher. Será suficiente, contudo, evidenciar que o *discrímen* “sexo” foi escolhido precisamente com a finalidade de atenuar os desníveis entre eles, para torná-lo válido. Em síntese, *só se tem por lesado o princípio constitucional quando o elemento discriminador não se encontre a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito.* (grifo nosso)

Apresentadas as premissas que servem de base para identificar a ocorrência de violação à isonomia, cumpre agora verificar de que modo esse princípio constitucional incide nas relações de consumo.

A Constituição da República de 1988, em seu art. 5º, estabeleceu que “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 igualdade”. Houve, portanto, a consagração do princípio da igualdade em suas duas facetas, a formal, traduzida na igualdade ficta perante a lei, e a material, consubstanciada na busca por um tratamento jurídico diferenciado para indivíduos com características peculiares, de modo que todos tenham acesso e exercício aos direitos constitucionalmente garantidos, o que se trata da igualdade real ou isonomia.

No que atine especificamente às relações de consumo, a Constituição Federal consagrou como direito fundamental a incumbência de o Estado promover a defesa do consumidor, na forma da lei (art. 5º, XXXII), atribuindo a essa tutela também o caráter de princípio da ordem econômica, que objetiva assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (art. 170, V).

Por sua vez, o Código de Defesa do Consumidor estabelece normas

³ Documento on-line não paginado.



de ordem pública e interesse social, que não podem ser derogadas pela vontade das partes, pois visam à proteção e defesa do consumidor, na forma dos mandamentos constitucionais suprarreferidos.

O intuito que direciona todo o diploma legislativo consumerista é a tutela do consumidor com base na premissa de sua vulnerabilidade econômica, técnica, jurídica, social e política face ao fornecedor. Isso porque “o fundamento ético essencial das normas de proteção ao consumidor está no princípio da isonomia” (SEIXAS, 2009⁴), vez que se confere tratamento diferenciado ao consumidor para lhe proporcionar igualdade material perante os fornecedores de produtos e serviços.

Irreparável é a lição do Prof. Dr. Renato Seixas (2009⁵):

A legislação de proteção ao consumidor se justifica na medida em que é instrumento para realizar, tão plenamente quanto possível, o princípio da isonomia, tanto no que concerne à isonomia formal quanto à substancial. A legislação consumerista reduz ou elimina a vulnerabilidade do consumidor em face do fornecedor, no âmbito do mercado de consumo, naquelas situações em que o consumidor não poderia exercer de modo razoável e equilibrado a sua autonomia de vontade privada. Sendo assim, o princípio da isonomia permeia as normas de Direito do Consumidor e tem importantíssima função na atividade interpretativa do conteúdo daquelas normas. [...] Logo, as normas consumeristas procuram sempre neutralizar ou reduzir essa situação de vulnerabilidade e restaurar a isonomia entre as partes das relações jurídicas de consumo.

É possível vislumbrar a concretização do princípio da isonomia no Diploma Consumerista quando, por exemplo, obriga-se o fornecedor de serviços a responder objetivamente pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos (art. 14); ou quando é desconsiderada a personalidade de uma pessoa jurídica por constituir obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores (art. 28, § 5º).

Como visto, não restam dúvidas de que o princípio da isonomia é aplicável às relações de consumo, especialmente quando se verifica o

⁴ Documento on-line não paginado.

⁵ Documento on-line não paginado.



estabelecimento de um *discrímen* entre consumidores em geral e fornecedores.

Nesse caso, com base na teoria já explicitada de Celso Antônio Bandeira de Mello, o elemento tomado como fator de distinção entre consumidores e fornecedores é a vulnerabilidade daqueles em relação a estes, visto que os consumidores não têm conhecimentos específicos sobre os produtos e serviços que adquirem, desconhecem seus direitos e são subjugados pelo expressivo poder econômico das sociedades empresariais com quem se relacionam juridicamente.

Observa-se, por sua vez, a existência de uma correlação lógica entre o critério de *discrímen* e o tratamento jurídico diversificado conferido aos consumidores, uma vez que, em razão da fragilidade desses, foi-lhes outorgada mais robusta tutela legal, que se manifesta através do Direito material, mas também processualmente, como, por exemplo, na possibilidade de inversão do ônus da prova a seu favor (art. 6º, VIII, CDC).

Por fim, irrefutável a consonância de tal desequiparação entre indivíduos com os preceitos constitucionais, mormente pelo fato de a própria Constituição ter determinado a defesa dos consumidores nas relações de consumo, como acima já se explicitou.

Por todos os motivos, é constitucionalmente legítima e, portanto, condizente com o princípio da igualdade, a distinção efetuada entre consumidores e fornecedores. Mas será possível uma distinção entre consumidores, tal qual a efetuada pela lei instituidora do cadastro positivo de consumo?

5 A ISONOMIA E OS CADASTROS DE CONSUMO

Com a promulgação da Lei nº 12.414/2011, o legislador preocupou-se em fomentar maiores taxas de adimplemento de obrigações no âmbito das relações de consumo, principalmente no tocante aos contratos de concessão de crédito. É possível afirmar que a medida legislativa teve como base o sucesso notável da experiência dos cadastros positivos de consumo no cenário internacional, pois ele propiciou a diminuição de índices prejudiciais ao desenvolvimento, como o de inadimplência e a bancarrota, além de contribuir com a maior movimentação do mercado de consumo (BANKING, 2006).

Todavia, esse propósito do legislador pátrio foi encarado com desconfiança por parte de alguns setores da sociedade brasileira. Muitos antevêm que os resultados pretendidos com a instituição da Lei nº 12.424/2011



não serão deveras alcançados, pois haverá apenas o favorecimento da classe dos bancos para cooptação de clientela seletiva para o privilegiado mercado de crédito (SCHERAIBER, 2005).

Isso porque os fornecedores, mormente os concessionários de crédito, ao passo que terão acesso a inúmeras informações pessoais dos consumidores – o que, segundo alguns, também afronta o direito à privacidade – escolherão a quem concederão o crédito, caracterizando uma lesão frontal ao disposto no art. 6º, II, do Código de Defesa do Consumidor, sobre a “liberdade de escolha e igualdade nas contratações”.

Não obstante as inúmeras e variadas críticas que se elevam em relação ao cadastro positivo de consumo, em razão da natureza e singela extensão deste trabalho, a abordagem cingir-se-á apenas à problemática pertinente à suposta violação ao princípio constitucional da igualdade entre os consumidores.

Os que censuram o cadastro positivo de consumo aduzem que ele favorecerá consumidores que apresentem bom histórico de pagamento nas compras efetuadas a prazo, em detrimento de outros que só efetuem suas compras à vista – e que por isso não serão registrados no cadastro positivo, porque esse é restrito a compras parceladas – ou, por outro lado, estejam inscritos negativamente nos bancos de dados de proteção ao crédito.

É a crítica já antiga de que o cadastro positivo separaria as classes de consumidores em pagadores e devedores, havendo uma presunção de inadimplemento dos sujeitos desprovidos dos dados positivos, o que configuraria uma afronta ao princípio constitucional da igualdade.

Conforme o já delineado, é certo que tal princípio aplica-se às relações de consumo. Desse modo, é preciso utilizar os parâmetros apresentados por Celso Antônio Bandeira de Mello para aferir se a situação trazida a lume configura ou não afronta à isonomia.

Observa-se que o elemento tomado como fator de distinção entre consumidores é o fato de eles efetuarem compras a crédito e adimplirem pontualmente essas obrigações. Assim, podem existir três grupos de consumidores: os que não compram a prazo; os que compram e são adimplentes; e os que compram e são inadimplentes.

A Lei nº 12.414/2011, ao instituir o cadastro positivo de consumo, conferiu tratamento jurídico específico – consubstanciado em possíveis facilidades para a concessão de crédito, como taxas menores de juros e menos burocratização – aos consumidores que compram a prazo e são adimplentes.

É evidente que o *discrímen* erigido pelo suso diploma legislativo



não singulariza o destinatário da norma, visto que poderão se registrar no cadastro positivo de consumo todo o grupo indeterminado de pessoas que se qualifiquem como consumidores que compram a prazo e são adimplentes. Assim, não se verifica privilégio ou perseguição à pessoa individualizada, razão pela qual não há afronta à isonomia por esse motivo.

Por outro lado, vislumbra-se correlação lógica entre o elemento de *discrímen* (consumidores que compram a prazo e são adimplentes) e os efeitos jurídicos atribuídos a um grupo de pessoas em razão da desigualdade afirmada (tratamento diferenciado através da concessão de maiores benefícios creditícios), não constituindo, portanto, desequiparação fortuita ou injustificada.

O terceiro aspecto a se perquirir é saber se o tratamento jurídico diferenciado em razão da desequiparação funda-se numa razão constitucionalmente valiosa, sendo condizente com o arcabouço constitucional. De fato, e esta é a posição pessoal destes autores, acreditamos que prestigiar uma parcela de consumidores que honram pontualmente com as obrigações contraídas no mercado de consumo em face de outra parte que não o faz não ofende a isonomia, mas, pelo contrário, prestigia-a, pois trata desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades.

Não enxergamos qualquer mácula ao mandamento constitucional de defesa do consumidor o fato de a Lei nº 12.414/2011 selecionar um grupo específico de consumidores, atribuindo-lhes prerrogativas em razão de se enquadrarem em uma dada situação (comprarem a prazo e serem adimplentes), pois não se está prejudicando os demais, mas apenas não os concedendo os mesmos benefícios!

Em verdade, quando a Constituição da República, em seu art. 5º, XXXII, aduz que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”, trata-se de norma de eficácia limitada, que exige norma infraconstitucional para gerar todos os seus efeitos. A Lei nº 12.414/2011 bem como o Código de Defesa do Consumidor cumprem o papel de integrar o referido comando constitucional, pois ambos os diplomas promovem a defesa do consumidor, sendo que a Lei do Cadastro Positivo tutela um grupo específico, o daqueles consumidores que compram a prazo e são adimplentes.

E não se diga que os consumidores não podem, de forma alguma, ser tratados de maneira diferenciada. É que o Supremo Tribunal Federal⁶ já

⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Medida Cautelar na Ação Direta de



se manifestou no sentido de que os arquivos de consumo, consubstanciados nos chamados bancos de dados negativos, tornaram-se imperativos da economia da sociedade de massas, não afrontando o Código de Defesa do Consumidor, nem tampouco maculando a Constituição da República que, por sinal, reconhece sua existência em seu art. 5º, LXXII, “a”.

Destarte, se é compatível constitucionalmente a existência de banco de dados negativos de consumo, não se pode olvidar, por todos os argumentos acima expostos, a compatibilidade do cadastro positivo de consumo, instituído pela Lei nº 12.414/2011, com a Constituição Federal, razão pela qual inexistente afronta ao princípio isonômico na espécie ora analisada.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É certo que a Lei do Cadastro Positivo é demasiada recente, não havendo como apurar com precisão a dimensão prática dos seus efeitos, até que seja melhor compreendida e avaliada ao longo dos anos, afinal, sabe-se que a Ciência Jurídica se constrói e evolui para acompanhar o avanço da sociedade, adequando-lhe as normas.

O fim a que se prestou este ensaio, a despeito de avaliação prática da Lei nº 12.414/2011, foi examinar a adequação jurídica desse diploma legislativo em face do princípio constitucional da igualdade, cuja possibilidade de afronta parece amedrontar parcela significativa da doutrina nacional.

Concluiu-se, portanto, que a lei em apreço encontra-se adequada aos preceitos constitucionais de igualdade, efetivando justamente a antiga máxima do Direito, a qual busca tratar os iguais igualmente e os desiguais desigualmente, na medida de suas desigualdades. No caso, privilegiam-se aqueles que honram pontualmente suas dívidas, havendo, por conseguinte, a possibilidade de concorrer a vantagens de crédito pertinentes ao seu perfil com o registro no cadastro de consumo, caso queiram.

Poder-se-ia indagar quanto àqueles indivíduos desprovidos tanto de cadastro positivo como negativo, por preferirem a conveniência do pagamento à vista. Quanto a esses, de fato, não há previsão normativa específica. Em verdade, sequer haveria razão para tanto, pois o perfil dessas pessoas não

Inconstitucionalidade nº 1790-5/DF. Pleno. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. J. 23/04/1998. DJ. 08/09/2000.



deveria as sujeitar nem aos prejuízos do cadastro negativo, nem aos benefícios do cadastro positivo, merecendo elas, portanto, um tratamento comum.

Porém, sabe-se que, na prática, a seletividade do mercado pode alavancar medidas abusivas destinadas a forçar a aderência desses indivíduos aos cadastros positivos, elevando os custos da oferta básica anteriormente oferecida aos “não cadastrados”. Diante dessa circunstância, impende sugerir o acréscimo, na Lei nº 12.441/2011, de previsão normativa, a fim de resguardar os consumidores não sujeitos a nenhum tipo de cadastro, de modo que permaneçam sem os bônus, mas que também não sejam prejudicados pelos abusos do mercado.

REFERÊNCIAS

BANKING DEVELOPMENT DEPARTMENT. **Benefits of sharing positive consumer credit data**. 2006. Disponível em: <<http://www.hkma.gov.hk/media/eng/publication-and-research/quarterly-bulletin/qb200603/fa1.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2013.

BESSA, Leonardo Roscoe. **Cadastro Positivo**: Comentários à Lei 12.414, de 09 de junho de 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DIMOULIS, Dimitri (coord.). **Dicionário brasileiro de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

NICZ, Alvacir Alfredo. O Princípio da Igualdade e sua significação no estado democrático de direito. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 82, nov. 2010.



Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8420&revista_caderno=9>. Acesso em: 15 nov. 2013.

SCHERAIBER, Ciro Expedito. **Os bancos de dados positivos e o direito do consumidor**. 2005. Disponível em: <http://www.consumidor.mppr.mp.br/arquivos/File/cadastro_positivo/positivacao_dados_tese_congresso_XVI_mp_Ciro.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2013.

SEIXAS, Renato. **O princípio da isonomia aplicado à relação jurídica de consumo na legislação argentina e brasileira**. 2009. Disponível em: <<http://renatoseixas2.wordpress.com/2009/07/06/o-principio-da-isonomia-aplicado-a-relacao-juridica-de-consumo-na-legislacao-argentina-e-brasileira/>>. Acesso em: 15 nov. 2013.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito do Consumidor**: direito material e processual. 2. ed. São Paulo: Método, 2013.

THE OBEDIENCE OF POSITIVE CONSUMPTION DATABASE TO THE CONSTITUTIONAL PRINCIPLE OF EQUALITY

ABSTRACT

This paper seeks to analyze if the creation of the positive consumption database by Ordinary Federal Law nº 12.441/2011 constitutes an affront to the principle of equality among consumers. Therefore, it studies the concept, characteristics and general legal discipline about positive consumption data base. After, it faces some aspects relating to the principle of equality, examining it according to the classical work of Celso Antônio Bandeira de Mello, "The legal content of the principle of equality." It also reflects about the occurrence, or not, of taint against isonomic principle, by



the institution of the positive consumption data base. Finally, it concludes that the measure which confers differential treatment among compliant and overdue consumers is constitutional.

Keywords: Consumption database. Principle of equality. Outrage. Constitutionality.



A (DES)CONTINUIDADE NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DE TRANSPORTE PÚBLICO URBANO RODOVIÁRIO EM NATAL/RN DURANTE A MADRUGADA

Lázaro Silva Gomes do Nascimento

Acadêmico do 7º período do Curso de Direito da UFRN

RESUMO

Objetiva verificar a continuidade na prestação do serviço de transporte público rodoviário em Natal/RN durante as madrugadas. Conceitua serviço público, enquadrando o transporte público como tal. Aponta em quais casos a prestação de serviços públicos será passível da aplicação das regras do microssistema consumerista. Faz uma análise sobre a essencialidade do fornecimento do transporte público num contexto geral. Enfoca que o transporte público urbano rodoviário é um dos tipos de transporte público, e que, por isso, também é essencial. Elucida a respeito do princípio da continuidade. Apresenta as previsões legais de responsabilização aos prestadores de serviços públicos que descumprem com o referido princípio. Mostra como funciona e é composto o serviço de transporte público urbano rodoviário na capital potiguar. Expõe sobre o sistema “Corujão”. Conclui que não há continuidade na prestação do serviço de transporte público rodoviário em Natal/RN durante a madrugada. Usa como procedimento metodológico a pesquisa bibliográfica em meio impresso e eletrônico.

Palavras-chave: Transporte Público. Natal/RN. Madrugada. Sistema “Corujão”. Continuidade.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como finalidade analisar jurídica e faticamente se o fornecimento do transporte público urbano rodoviário em Natal/RN, durante as madrugadas, obedece ao princípio da continuidade, sendo entendido, o mencionado tipo de transporte, como aquele oferecido em área urbana através de ônibus ou micro-ônibus coletivos de passageiros.

Para isso, far-se-á como, ponto de partida da análise, uma conceituação de serviço público, devido ao fato do transporte coletivo ser assim compreendido, avaliando os posicionamentos doutrinários a respeito do tema.

A seguir, analisar-se-á em que hipóteses os serviços públicos podem ser encaixados no microsistema consumerista e em qual dessas situações o transporte público urbano rodoviário se encontra. Ou seja, investigar-se-á se o transporte coletivo é ou não passível da aplicação das regras do Código de Defesa do Consumidor (CDC).

Posteriormente, o estudo passará a verificar se, além de público, o transporte coletivo urbano rodoviário pode ser compreendido como um serviço essencial, o qual deverá obedecer fielmente ao princípio da continuidade, que será devidamente demonstrado e esmiuçado, inclusive no que tange a responsabilização dos prestadores de serviços públicos que descumprem com o mencionado princípio.

Por fim, detalhar-se-á o transporte público urbano rodoviário na cidade de Natal/RN, sendo demonstradas todas as suas nuances, principalmente as falhas e o seu oferecimento durante as madrugadas, que ocorre através do sistema “Corujão”, o qual é o foco desse estudo, e que por isso, contará com explicação detalhada, bem como análise final para constatar se o referido serviço durante a madrugada é oferecido continuamente ou não.

2 CONCEITUAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

Conceituar serviço público não é das tarefas mais fáceis. Não é a toa que a doutrina não é pacífica ao oferecer tal definição. Também não há uma aceção exata e precisa na legislação. Sendo assim, cada estudioso apresenta conceitos próprios parcialmente singulares. É que o entendimento de serviço público não é algo estático, muito pelo contrário, é uma matéria que vem sofrendo uma forte modificação durante os últimos anos, tudo com o intuito



de se adequar às necessidades sociais, mais precisamente às variações do papel do Estado na sociedade.

O doutrinador Celso Antônio Bandeira de Melo, em sua obra, conceitua serviço público como:

[...] toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais –, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo. (2009, p. 665)

É perceptível, então, que o referido estudioso, em sua conceituação, buscou abarcar todos os critérios utilizados para detectar se um serviço é público ou não. Primeiramente, afirma que é uma prestação de uma atividade detentora de utilidade e comodidade material, e que tem por escopo atender a coletividade, podendo ser singularmente usufruível. Este seria, então, o *critério material* dos serviços públicos. O *critério orgânico* é atendido logo em seguida, quando menciona que a prestação de tais serviços é um dever Estatal, que pode exercer propriamente ou repassar a entes privados. O último critério, que é o *formal*, é preenchido quando leciona que em ambos os casos (prestado pela Administração Pública ou por entes privados) são regidos pelo Direito Público. Todavia, no que tange ao critério formal, poderia o doutrinador ter sido mais feliz em sua conceituação, pois, pertinente é mencionar, que no contexto hodierno o regime de Direito Privado também incidirá em algumas situações de prestação de serviços públicos, como por empresas públicas e sociedades de economia mista, algo que não fora devidamente e claramente ressaltado pelo supracitado doutrinador.

Por conseguinte, tem-se a concisa e completa conceituação de José dos Santos Carvalho Filho, o qual compreende serviço público como: “toda atividade prestada pelo Estado ou por seus delegados, *basicamente* sob o regime de direito público, com vistas à satisfação de necessidades essenciais e secundárias da coletividade.” (2012, p. 321) (Grifos do autor).

Na objetiva e clara conceituação de Carvalho Filho, percebe-se que foram atendidos todos os critérios suso mencionados, inclusive o critério formal e suas ressalvas, quando afirmou que “*basicamente*” o regime jurídico de quem



presta serviços públicos (Estados ou delegados) é de direito público, podendo ser total ou parcialmente, mas jamais somente de direito privado. Sendo assim, escolhe-se essa como a definição a ser adotada no decorrer da pesquisa.

3 OS SERVIÇOS PÚBLICOS NO MICROSSISTEMA CONSUMERISTA

Já se foi o tempo em que havia dúvidas em quais situações o CDC incidiria na prestação de serviços públicos, seja direta ou indiretamente prestados pelo Estado.

Todavia, antes de prosseguir com a análise do tema, faz-se necessário realizar uma distinção. Como é sabido, os serviços públicos são classificados, no que tange aos destinatários, como sendo *uti universi* ou *uti singuli*. Os primeiros (*uti universi*), também denominados de *gerais* ou *indivisíveis*, segundo Fernanda Marinela (2012, p. 538), “englobam os serviços prestados à coletividade em geral, sem ter um usuário determinado. [...] devendo ser mantidos pela receita geral do Estado, com a arrecadação dos impostos [...]”. Em outros dizeres, é possível afirmar que os serviços *uti universi* são aqueles que atendem à coletividade no seu todo, prestados pela Administração Pública e mantidos pela receita geral do Estado, isto é, por impostos, e não por taxas ou tarifas.

Por sua vez, os serviços *uti singuli*, também denominados de *individuais* ou *divisíveis*, são aqueles que “têm usuário determinado, individualizável [...] Nessa hipótese é possível medir e calcular o quanto cada um utiliza do serviço, sendo, portanto, considerado um serviço divisível” (MARINELA, 2012, p. 538). Ou seja, os serviços *uti singuli* são os que têm usuários determinados e de utilização particular e mensurável para cada destinatário, devendo, então, ser mantidos por taxa ou tarifa a serem cobrado individualmente, e não por imposto.

Os serviços individuais se dividem ainda em compulsórios e facultativos. O *serviço compulsório* deve ser prestado pelo Estado, sendo, assim, mantido por meio de taxa, tributo vinculado à contraprestação estatal, e poderá ser cobrado pelo simples fato de ser colocado à disposição. Já o *serviço facultativo* é prestado por concessionária ou permissionária de serviço público, o pagamento é feito por tarifa, de modo a ser paga somente por quem utiliza. Nessa situação se enquadra o serviço de transporte público urbano rodoviário, que normalmente é prestado por entes delegados, mantidos por meio de tarifa, que somente será paga pelo usuário que assim fizer uso do serviço.

Em prosseguimento, já é consolidado na doutrina que os serviços



aos quais incidiriam o CDC são aqueles prestados *uti singuli* ou individualmente, independente de serem compulsórios ou facultativos, tal como o fornecimento de água, luz, telefonia, e transporte coletivo (NUNES JUNIOR, SERRANO, 2009, p. 113). Tal entendimento também é pacificado e vem sendo reproduzido pela jurisprudência, como constata-se no seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça (STJ):

RECURSO ESPECIAL Nº 1.121.617 - PR (2009/0020620-9) [...] TARIFA DE ENERGIA ELÉTRICA. REGIME DE TARIFA BINÔMIA. TAXA DE DEMANDA. COBRANÇA ABUSIVA. NÃO-OCORRÊNCIA. [...]. Tive a oportunidade de me manifestar sobre os serviços públicos oferecidos pelo Estado, em hipótese de corte no fornecimento de energia elétrica (REsp 525.500, DJ de 10/05/2004) no qual fiz a necessária distinção entre os serviços UNI SINGULI e os UTI UNIVERSI, para fins de diferenciação da forma da respectiva natureza e forma de remuneração. *Sendo os serviços UTI SINGULI ou impróprios, prestados pelo Estado via delegação, por parceria com entes da Administração descentralizada ou da iniciativa privada e remunerados sob a forma de tarifas ou preços, os que realmente interessam para a solução do presente caso, firmei posição de que eles se regulam pelas relações de Direito Privado, aplicando-se aos respectivos contratos as normas do Código de Defesa do Consumidor, por se identificarem os usuários como consumidores [...].* À prestadora do serviço exige-se fornecimento de serviço continuado e de boa qualidade, respondendo ela pelos defeitos, acidentes ou paralisações, pois é objetiva a sua responsabilidade civil, como claro está no parágrafo único do art. 22 do CDC. [...] (STJ - REsp: 1121617 , Relator: Ministro CASTRO MEIRA, Data de Publicação: DJ 25/03/2011) (Grifos nossos)

Partindo dessa afirmativa, o Estado, ou seus delegados que prestem transporte público urbano rodoviário, por se encaixar como serviço público divisível, sendo então regido pelo CDC, deve, conforme o *caput* do art. 22 do CDC, prestar obrigatoriamente “serviços adequados, eficientes, seguros e, *quanto aos essenciais, contínuos*” (grifo nosso). Logo, além de um transporte adequado, eficiente e seguro, é direito do consumidor ter um transporte coletivo urbano de forma contínua. Porém, fica indefinido se esse serviço enquadra-se como essencial, algo a ser melhor analisado a seguir.

4 O TRANSPORTE PÚBLICO URBANO RODOVIÁRIO COMO SERVIÇO



ESSENCIAL

A primeira consideração a ser feita é sobre a força altamente vinculante emanada da Constituição, e com ela o papel de grande importância concedido aos direitos fundamentais. Estes, que antes eram meramente programáticos, hoje possuem carga vinculativa do maior grau hierárquico, só podendo ser modificados ou alterados se decorrente de norma de mesmo teor. Logo, pode-se concluir que “o avanço que o direito constitucional apresenta hoje é resultado [...] da afirmação dos direitos fundamentais como núcleo da proteção da dignidade humana [...]” (MENDES, et al., 2009, p.265).

Diante da enorme valoração dada aos direitos fundamentais no contexto contemporâneo, ocasionado principalmente pela instituição da Constituição Cidadã, em 1988, os meios utilizados pelo Estado para garantir que tais direitos sejam efetivados não podem ser vistos como não essenciais. É assim com o transporte público, que está intimamente ligado com a concretude de importantes direitos fundamentais, desde os clássicos, como o de liberdade ir e vir; aos sociais, como de trabalho; além dos mais modernos, como os de acesso a cultura e ao lazer.

Na cidade de Natal/RN, por exemplo, em que os meios de transporte público não são devidamente variados, como em outras cidades, o transporte público urbano rodoviário é a única opção para muitos cidadãos exercerem os direitos elencados acima. Portanto, pelo viés de meio para a efetivação de direitos fundamentais, o transporte público, como um todo, não pode ser visto como não essencial.

Nesse sentido, a Carta Magna, mais exatamente em seu art. 30, expressa que: “Compete aos Municípios: [...] V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, *incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial*,” (grifo nosso). Logo, é clara a previsão constitucional de que o transporte coletivo, sendo o urbano rodoviário um deles, é essencial.

A segunda consideração a ser feita é a da previsão na legislação infraconstitucional do transporte público como um dos serviços essenciais. Tal previsão está elencada mais precisamente na Lei de Greve (Lei 7.783/89), que em seu art. 10 dispõe:

São considerados serviços ou atividades essenciais: I - tratamento e abastecimento de água; produção e distribuição de energia elétrica, gás e



combustíveis; II - assistência médica e hospitalar; III - distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos; IV - funerários; V - *transporte coletivo*; VI - captação e tratamento de esgoto e lixo; VII - telecomunicações; VIII - guarda, uso e controle de substâncias radioativas, equipamentos e materiais nucleares; IX - processamento de dados ligados a serviços essenciais; X - controle de tráfego aéreo; XI compensação bancária. (Grifo nosso)

Conforme pode-se abstrair da leitura legal, o serviço de transporte coletivo, ao qual contempla o transporte público, é colocado como serviço essencial, ou seja, é colocado como indispensável. Por consequência, é extremamente viável a aplicação de maneira análoga do citado texto legal, para considerar-se-á o transporte público, em todos os seus tipos, como serviço essencial.

Por fim, a última consideração a ser feita trata-se da reprodução do entendimento jurisprudencial de que o transporte público é tido como serviço essencial. Conforme precedente do STJ, *in verbis*:

PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO POSITIVO. AÇÃO CAUTELAR PREPARATÓRIA DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DISSÍDIO COLETIVO. GREVE DE RODOVIÁRIOS. SERVIÇO ESSENCIAL. ESTABELECIMENTO DE PERCENTUAL MÍNIMO DA FROTA TRAFEGANDO. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 114, II E § 3º. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. I. Conforme previsão expressa no art. 114, II e § 3º, da Constituição Federal, cabe à Justiça do Trabalho fixar o percentual mínimo de atendimento à população durante greve *em serviço essencial, caso do transporte coletivo de passageiros*. II. Conflito conhecido, para declarar competente a Justiça Especializada. (STJ - CC: 95878 MG 2008/0106990-2, Relator: Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, Data de Julgamento: 13/08/2008, S2 - SEGUNDA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 11.09.2008). (Grifo nosso)



Dessa maneira, não há melhor caminho senão pelo entendimento do transporte público como serviço essencial, e que deve, portanto, ser prestado continuamente. Incluído nesse contexto está o transporte público urbano rodoviário, que representa um dos principais exemplos de meio de transporte no país.

5 O PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

Sendo considerado, então, o serviço de transporte público urbano rodoviário como essencial, cabe agora investigar a respeito do princípio da continuidade, que abrange todos os serviços públicos, tendo o CDC vinculado o prestador dos serviços essenciais divisíveis a aplicá-lo.

Antes de seguir com a abordagem, destaca-se que não se analisará aqui as hipóteses tradicionais em que o princípio da continuidade pode ser afastado, sendo a mais lembrada delas quanto ao inadimplemento por parte do usuário. No caso em tela, não se trata de interrupção do serviço pela falta de pagamento do destinatário, abordar-se-á aqui se a prestação do serviço, por si só, descumpre ou não o princípio da continuidade.

José dos Santos Carvalho Filho (2012, p. 331), ao tratar sobre o tema, leciona:

Esse princípio indica que os serviços públicos não devem sofrer interrupção, ou seja, sua prestação deve ser contínua para evitar que a paralisação provoque, como às vezes ocorre, colapso nas múltiplas atividades particulares. A continuidade deve estimular o Estado ao aperfeiçoamento e à extensão do serviço, recorrendo, quando necessário, às modernas tecnologias, adequadas à adaptação da atividade às novas exigências sociais.

Diante da lição aqui exposta do suso doutrinador, percebe-se, num primeiro momento, e de maneira bem geral, que os serviços públicos não podem ser interrompidos, devendo ser prestados de maneira contínua. No entanto, cabem algumas ressalvas a anterior afirmativa, haja vista a uma provável falsa impressão de que os serviços devam ser prestados de forma ininterrupta, por exemplo. Obviamente, dependendo da natureza do serviço, tornar-se-ia inviável a prestação de forma interminável e sem parar, como permite-se apreender da nomenclatura “ininterrupta”. É o caso do transporte



coletivo rodoviário, em que, por esta interpretação, deveria ser oferecido de forma que os usuários não necessitassem esperar um minuto sequer para “tomar uma condução”. O fato é que tal situação mostra-se inviável no plano fático, isto é, impossível de concretude. A partir dessa premissa, mais coerentemente seria entender o princípio da continuidade de maneira a ensinar a prestação de serviços contínuos, ou seja, regular. A regularidade da prestação do serviço é, sem sombra de dúvidas, a melhor maneira de compreender de que forma os serviços públicos não podem ter suas prestações interrompidas.

Outrossim, sabiamente o supracitado jurista menciona a necessidade de modernização da prestação do serviço, de maneira a ser o princípio da continuidade melhor atendido, bem como a extensão desta prestação. Com isso, permite-se concluir que o administrador público, ou seus delegados, não deve medir esforços para o aperfeiçoamento das técnicas, assim como a modernização dos bens necessários ao oferecimento do serviço público, que, caso não seja possível, a alternativa dar-se-á pela aquisição de novos bens mais modernos, tudo com o escopo de melhor atender a prestação do serviço.

Tratando-se do serviço de transporte público urbano rodoviário, a primeira hipótese de modernização que se pode lembrar é a de aquisição de novos ônibus, mais seguros, confortáveis, duráveis e adaptados às necessidades dos idosos, cadeirantes, gestantes e etc. Todavia, a modernização e adequação às novas necessidades sociais não se encerram por aí, podendo-se ainda elencar a bilhetagem eletrônica, o treinamento da mão de obra, e o melhoramento da frota já existente, dentre outras formas.

Sendo assim, decorrente do aumento populacional, a frota de veículos oferecida ao transporte público não poderá ser a mesma, visto que, muito provavelmente, não poderá atender a demanda da população. Dessa forma, o princípio da continuidade enseja na razoabilidade do tempo de espera dos usuários para “tomar a condução”, bem como na modernização e ampliação dos meios para a prestação do serviço.

5.1 Responsabilização ao descumprimento do princípio da continuidade

Diante do cenário até aqui abordado, caso o princípio da continuidade não venha a ser cumprido, cabe responsabilização do prestador do serviço. Como já mencionado, o art. 22 do CDC estabelece que o serviço público, além de outras características, deve ser contínuo, se essencial. Caso haja a prestação de um serviço considerado não contínuo, entende-se que o serviço prestado possui vícios, podendo, assim, gerar danos aos usuários. O



parágrafo único do mesmo artigo (art. 22, CDC) assim estabelece: “Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste código”. Por sua vez, a responsabilidade, antes da prevista no CDC, será objetiva, conforme expressa a Carta Magna em seu art. 37, §6º, *in verbis*:

Art. 37. [...] § 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Logo, a responsabilização dar-se-á independentemente da constatação de culpa ou dolo da Administração Pública. Essa responsabilidade objetiva dos prestadores de serviços, independente de ser público, é reverberada no CDC. Porém, antes de analisar-se a responsabilização trazida na legislação consumerista, faz-se imprescindível distinguir vício de defeito. Para tal, recorre-se ao nobre ensinamento do professor Luis Antônio Rizzatto Nunes, que assim distingue:

O vício é uma característica intrínseca do produto ou serviço em si. O defeito é o vício acrescido de um problema extra, alguma coisa extrínseca ao produto, que causa um dano maior que simplesmente o mau funcionamento, o não funcionamento, a quantidade errada, a perda do valor pago [...] O defeito causa, além desse dano do vício, outro ou outros danos ao patrimônio jurídico material ou moral do consumidor. (2011, p. 345)

Conforme a lição apresentada pode-se afirmar, então, que o transporte coletivo não contínuo é um serviço com vícios. Para se chegar a tal informação recorre-se ao CDC, que em seu art. 20, dispõe sobre a responsabilização da prestação de serviços com vícios de qualidade¹, podendo

¹ Mister faz-se destacar que o legislador limitou-se, no que tange ao fornecimento de serviços, aos vícios de qualidade, não fazendo qualquer menção aos serviços com vícios de quantidade, o que tem gerado críticas por parte de alguns doutrinadores que acreditam ser totalmente possível a prestação de serviços viciados quantitativamente, e que, devido a omissão estatal, deve-se aplicar, neste casos, o que fora previsto para



ser assim definidos se forem impróprios ou inadequados ao consumo, lhes tenham o valor diminuído, ou se houver disparidade com as indicações constantes na oferta ou mensagem publicitária (em analogia ao previsto no art. 18, *caput*, CDC). No caso em tela, pode-se dizer que se trata de um serviço viciado por ser inadequado ao consumo, ou seja, permite o uso do serviço, mas com a eficiência que se espera reduzida.

Assim, prevê o legislador consumerista que no caso de serviços com vícios poderá o consumidor requerer: a) a reexecução dos serviços, sem custo adicional e quando cabível (art. 20, I, CDC); b) a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos (art. 20, II, CDC); c) o abatimento proporcional do preço (art. 20, III, CDC).

Por conseguinte, em seu art. 14, o CDC assim expressa a respeito da responsabilização do fornecedor de serviço defeituoso: “O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos”.

Mais adiante, no §1º, I, do mesmo artigo art. 14 do CDC, o legislador explica o que é um serviço defeituoso, relacionando-o com algumas circunstâncias, ao quais permitem identificar quando um serviço encontra-se em tal situação (defeituoso), sendo a primeira dessas circunstâncias a aplicável para detectar que o serviço de transporte público rodoviário oferecido em discordância com a continuidade possui defeito. Senão vejamos: “§1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais: I - o modo de seu fornecimento”. O CDC, no já mencionado art. 22, descreve o “modo” ao qual o serviço público deve ser fornecido, devendo, se essencial, ser contínuo.

Dessa forma, pode-se concluir que a não continuidade no fornecimento do transporte público rodoviário, além de torná-lo um serviço com vícios, pode trazer danos materiais e morais ao usuário, principalmente quando leva-se em conta que o transporte coletivo é uma das únicas opções de muitos indivíduos exercerem seus direitos fundamentais de ir e vir, de trabalhar, de lazer e etc. Por isso, não resta dúvidas quanto aos danos morais e materiais que podem ser ocasionados pelo serviço de transporte público rodoviário

os produtos com vícios de qualidade (art. 19, CDC).



fornecido em desconformidade ao princípio da continuidade, isto é, viciado.

Sendo assim, além do que já fora dito a respeito da possibilidade de reparação ao serviço com vícios, se for constatado dano, caberá ação judicial, a título de responsabilização ao fornecedor do serviço, cobrando os danos morais e materiais a serem ocasionados, não afastando-se a possibilidade de impetração de Mandato de Segurança. Como o transporte público rodoviário é, na maioria das vezes, fornecido por delegados da Administração Pública, que autoriza o fornecimento, bem como fiscaliza, caberá ainda, na mesma ação judicial, incluir o Estado como responsável pelos danos causados solidariamente ao fornecedor de serviços (NUNES, 2011, p. 355).

6 O TRANSPORTE PÚBLICO URBANO RODOVIÁRIO EM NATAL/RN

O transporte público de passageiros em Natal/RN é formado basicamente pelos trens urbanos, sistema de micro-ônibus alternativos ou opcionais, e pelo rodoviário urbano ou convencional, representando este a maior parcela dos transportes coletivos na referida urbe.

Seguindo mais precisamente no que tange ao transporte público rodoviário em Natal/RN, frisa-se, ainda, que é um serviço operado em regime de concessão, explorado pelo Sindicato das Empresas de Transportes Urbanos de Natal/RN (SETURN), composto por sete empresas, são elas: Guanabara, Santa Maria, Nossa Senhora da Conceição, Cidade do Natal, Reunidas, Riograndense e Viasul, que exclusivamente exercem o fornecimento do serviço de transporte público urbano rodoviário na mencionada urbe.

Vale destacar que até o presente momento não houve licitação por parte do Poder Público Municipal para realizar a concessão da exploração do serviço. Assim, no município natalense nunca houve obediência à CF/88, art. 175 ("Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos"), bem como à Lei 8.987/95 (disciplina o previsto no art. 175, CF/88).

Conforme a redação legal, claramente a delegação da exploração do serviço de transporte público a particulares dar-se-á por meio de concessão de serviço público, através de licitação, na modalidade concorrência, devendo, assim, seguir os ditames previstos na Lei de Licitações (Lei 8.666/93).

Certo é que já existe o Projeto de Lei Complementar Municipal nº 95/2013, cujo texto dispõe sobre a organização do Sistema Municipal



dos Serviços Públicos de Transportes Urbanos e Coletivos de Passageiros em Natal/RN. Dentre as disposições, em seu art. 3º, §1º, está a previsão de delegação do fornecimento do serviço de transportes e coletivos de passageiros no tipo convencional, ao qual aqui denominou-se transporte público urbano rodoviário, que será feito através de concessão, por meio de licitação prévia. Contudo o projeto ainda não foi votado na Câmara dos Vereadores e ainda segue para a votação na citada Casa.

Nesse diapasão, hoje o serviço é mantido por tarifa, que custa R\$ 2,20, funcionando através do sistema de bilhetagem eletrônica (“Natal Card”), também controlado pela SETURN. A frota de ônibus é composta por 712 veículos, sendo a frota efetiva de 646, cuja idade média das viaturas é de 7,51 anos. A quantidade de passageiros transportados ao dia chega à média de 530.000, o que corresponde a 10.605.433 passageiros transportados ao mês. Outrossim, o número de linhas disponibilizadas a população é de 86, sendo cinco delas reservadas ao transporte durante a madrugada. São as denominadas linhas “Corujão”.

6.1 O sistema “Corujão”

O sistema “Corujão” surgiu em 2007, através de um Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) proposto pelo Ministério Público Estadual (MPRN), por meio da Promotoria de Defesa do Consumidor, e aceito pela SETURN, possuindo como principal objetivo o de manutenção do valor cobrado pelas tarifas à época. No entanto, outros temas também foram abordados, tendo o *parquet* do Rio Grande do Norte, no acordo, cobrado do SETURN, dentre outras coisas, o oferecimento do Programa Acessibilidade Especial (PRAE)², assim como a instalação de linhas de ônibus que atendem-se as necessidades dos usuários que necessitam do transporte público durante a madrugada, que corresponde ao período temporal entre o intervalo das 00h até às 05h.

² O PRAE tem por fim atender aos cadeirantes e demais portadores de necessidades especiais de Natal/RN para que possam ir aos seus devidos tratamentos médicos, mas não possuem condições financeiras de arcar com os custos do deslocamento até os Hospitais. Até hoje o programa não fora devidamente implantado pela SETURN, que vem ocasionando inúmeras reclamações dos usuários, tendo o Ministério Público do Rio Grande do Norte, em 2012, ingressado com uma Ação Civil Pública contra ao Sindicato pelo descumprimento do que fora acordado no TAC feito entre as citadas instituições.



Ao cobrar do SETURN a implantação do Sistema “Corujão”, quis o MPRN fazer com que o referido Sindicato obedecesse aos preceitos legais, principalmente no que tange o cumprimento do princípio da continuidade, que, até 2007, vinha sendo desrespeitado, fornecendo-se, então, um serviço de transporte público urbano rodoviário não contínuo.

Conforme já descrito, são cinco os itinerários que correspondem ao sistema “Corujão”. Este, segundo dados da SETURN (2013)³, é composto mais detalhadamente pelas seguintes linhas: *linha “A”*, que tem como trajeto “Ribeira/Pajuçara/Parque das Dunas, via Brasil Novo”. É oferecida pela empresa “Reunidas”, tem como frota dois ônibus, fazendo em média cinco viagens; *linha “B”*, que tem como trajeto “Ribeira/Santarém/Gramoré/Nova Natal, via Parque dos Coqueiros”, é oferecida pela empresa “Guanabara”, e assim como a anterior, tem como frota dois ônibus, mas faz em média somente quatro viagens; *linha “C”*, que tem como trajeto “Ribeira/Mãe Luiza/Via Costeira/Ponta Negra”, e é oferecida pela empresa “Santa Maria”. Assim como as outras, faz cinco viagens e tem dois ônibus como frota; A quarta é a *linha “D”*, que faz o trajeto “Planalto/Cidade Satélite/Petrópolis, via Praia do Meio”, é oferecida conjuntamente pelas empresas “Viasul” e “Cidade do Natal”. Também tem como frota dois veículos e realiza cinco viagens; a última é a *linha “E”*, que tem como itinerário “Felipe Camarão/Ponta Negra, via av. Bernardo Vieira”, é oferecido pela empresa “Nossa Senhora da Conceição”. Realiza cinco viagens, através de dois veículos como frota.

6.2 Análise da (des)continuidade do serviço de transporte público urbano rodoviário em Natal/RN prestado durante a madrugada

É sabido que as linhas “Corujão” representam uma frota bem menor do que a convencional, bem como atende a um número bem mais limitado de bairros natalenses. Dessa maneira, será que elas conseguem suprir o cumprimento da continuidade na prestação do serviço de transporte urbano rodoviário?

Pela simples leitura dos itinerários trazidos anteriormente pode-se constatar que o sistema “Corujão” não atende a todos os bairros de Natal/RN. Exemplo deles são, dentre outros: Pirangi, Candelária, Cidade da Esperança, Bom Pastor e boa parte do bairro Potengi. Dos bairros atendidos, alguns não

³ Documento on-line, não paginado.



têm ligação com outros. O caso mais emblemático é o da falta de interligação do Bairro de Ponta Negra aos moradores da Zona Norte da capital. Vale salientar que é relativamente alto o número de trabalhadores que moram nesta região da cidade (Zona Norte) e exercem seu labor naquele bairro (Ponta Negra), situação decorrente, principalmente, da grande quantidade de hotéis no local. A não interligação de todos os bairros faz com que muitos usuários tenham que continuar seus trajetos até suas residências ou trabalhos caminhando.

Contudo, essa não é a única problemática a respeito do tema, que pode ser notada por uma simples leitura dos dados oficiais. Os demais entraves quanto ao sistema “Corujão” são advindos de informações extraoficiais, ou seja, pelas queixas informais dos usuários que necessitam de transporte público durante a madrugada, assim como dos busólogos⁴, que mantêm alguns portais na internet abordando informações sobre ônibus e serviços de transporte público rodoviário, tanto o urbano como o intermunicipal e interestadual.

As informações aqui trazidas foram fornecidas anônima⁵ e exclusivamente pelos admiradores de ônibus (busólogos). Estes afirmam que em algumas situações o serviço, que já é reduzido, não é oferecido conforme previsto. Segundo eles, há casos em que a minúscula frota de dois veículos é reduzida, sem motivos aparentes e justificados, fazendo com que o tempo de espera nos pontos de ônibus sejam bem maior do que o divulgado, isto é, de uma hora, que, para o período da madrugada, já é muito. Porém, há situações em que o serviço das linhas “Corujão” nem é oferecido, como em feriados e dias “imprensados”, deixando os passageiros que necessitam do transporte público lesados. Esses fatos são decorrentes, indubitavelmente, da falta de fiscalização do Poder Público durante as madrugadas, e de certa forma, pela inércia dos usuários, que nada ou pouco fazem para levar as infrações aos órgãos competentes.

Foi-se colocado anteriormente que a continuidade do fornecimento dos serviços públicos essenciais está intimamente ligada ao termo regularidade. Este significa não algo ininterrupto, mas sim, harmoniosamente contínuo e, quando não possível que seja ininterrupto, de periodicidade razoável, sem grandes e desproporcionais lapsos temporais entre as prestações do serviço,

⁴ Aqueles que estudam ou admiram ônibus.

⁵ Muitos dos busólogos trabalham em empresas de transporte público urbano rodoviário, e por isso preferem não identificar-se com receio de retaliações por parte das empresas as quais prestam serviço.



além de ser sempre oferecido de forma adequada aos fins a que se destina. No caso do transporte a ser analisado, a continuidade condiz com um proporcional intervalo de tempo de espera para tomar o veículo, bem como um atendimento buscando interligar todos os cantos da cidade.

Pelos dados colhidos sobre o sistema “Corujão” e pelas conclusões chegadas sobre o mencionado princípio (da continuidade), o serviço vem sendo prestado descontinuamente, haja vista, não interligar todos os bairros e regiões da cidade do Natal/RN, assim como ser oferecido em intervalos de periodicidade desproporcionais, quais sejam de uma hora de espera ou mais, levando-se em consideração que o período correspondente à madrugada é hostil e traz riscos aos usuários que aguardam transportes em pontos de ônibus.

E não se aponte uma suposta inviabilidade decorrente da teoria do possível na prestação do sistema “Corujão”, ao qual traria custos mais elevados ao apurado. Ora, ao submeter-se ao regime de concessão de serviço público é mais que claro que o particular não poderá ter por principal escopo o de obter lucros. Afinal, o fim dos serviços públicos é atender as necessidades da coletividade, em outros dizeres, o interesse público. Logo, não há o que se falar em inviabilidade na prestação do transporte público urbano rodoviário, visto que estes gastos são inerentes ao fornecimento de tal serviço, e que devem ser arcados pelo concessionário, sendo possível ainda, caso o passivo atinja um valor comprovadamente exorbitante, que haja subsídios estatais para tornar possível o oferecimento do serviço no suso mencionado período.

7 CONCLUSÕES

Conforme já se posicionou, o transporte público, que em Natal/RN é majoritariamente composto pelo transporte urbano rodoviário, é meio para a concretização de variados direitos constitucionalmente previstos como fundamentais, dentre os quais estão o de ir e vir, direito este historicamente conquistado, no entanto ainda tarda a ser prestado de maneira efetiva. Tem-se também o direito ao trabalho, pois muitos usam o supracitado tipo de transporte como forma de condução até o local da lida, mas que não pode ser exercido em sua completude, devido ao fornecimento de um serviço de transporte público inadequado, já que não é contínuo para aqueles que necessitam do serviço durante as madrugadas. Há ainda como exemplo o desvalorizado direito de acesso à cultura e ao lazer, que, por sua vez, também



tem *status* de fundamental, e deve ser respeitado assim como os demais, mas também não pode ser exercido totalmente por muitos jovens, de idade e de mentalidade, que possuem como única opção de acesso, durante a madrugada, ao lazer e à cultura o transporte público urbano rodoviário.

Ademais, ao propor o descrito TAC em 2007, o MPRN, como fiscal da lei que é, tentou garantir aos usuários a prestação de um serviço de transporte público contínuo, no entanto, talvez tenha faltado um pouco de participação dos que realmente necessitam desse tipo de transporte durante as madrugadas, para detectar se o sistema aceito (“Corujão”), na situação em que se encontra, atende as demandas da população. Sendo assim, se tivesse ocorrido tal participação popular, muito provavelmente não seria necessário analisar-se juridicamente se o serviço de transporte público urbano rodoviário atende ou não ao princípio da continuidade, visto que, apesar da aparente boa intenção do *parquet*, a solução encontrada, conforme já demonstrado, por questões técnicas e fáticas, não se mostra suficiente para garantir a continuidade na prestação do serviço.

Faz-se mister destacar, ainda, a previsão no já apontado Projeto de Lei Complementar Municipal nº 95/2013, de uma ampliação da prestação do serviço de transporte público rodoviário durante a madrugada, porém, como também já dito, esse projeto ainda segue tramitando na Casa Legislativa Municipal de Natal/RN, sem previsão precisa de quando será aprovado. Até lá, certo é que o referido serviço continuará a ser oferecido de forma inadequada e gerando danos aos usuários. Dessa forma, não se pode esperar até que o Projeto de Lei supracitado seja aprovado, cabendo, como colocou-se anteriormente, desde de já a proposição de ação civil pública ou de ação coletiva de indenização por danos morais e materiais, que pode ser impetrada por inúmeros órgãos além do MPRN, como a Defensoria Pública, PROCON, o próprio Município e etc., para tentar que o transporte público, de um modo geral, seja enfim prestado de forma contínua na capital potiguar.

REFERÊNCIAS

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 6. ed. Niterói: Impetus, 2012.



MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 28. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NATAL. **Mobilidade Urbana: Transporte: Ônibus**. Disponível em: <<http://www.natal.rn.gov.br/sttu2/paginas/ctd-709.html>>. Acesso em: 28 nov. 2013.

_____. **Prefeitura solicita execução do TAC para regularização do Prae**. Disponível em: <<http://www.natal.rn.gov.br/noticia/ntc-8394.html>>. Acesso em: 28 nov. 2013.

_____. **Projeto de Lei Complementar Municipal nº 095/2013**. Disponível em: <<http://www.natal.rn.gov.br/semob/paginas/File/SEMOB-ProjetoLeiAutorizativa-20130909.pdf>>. Acesso em: 28 nov. 2013.

NUNES, Luis Antônio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano; MATOS, Yolanda Alves Pinto Serrano de. **Código de defesa do consumidor interpretado**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.



UNIBUS RN. **‘Corujão’: única opção nas madrugadas**. Disponível em: <<http://www.unibusrn.com/2013/01/corujao-unica-opcao-nas-madrugadas.html>>. Acesso em: 28 nov. 2013.

THE (DIS)CONTINUITY IN PROVISION OF ROAD URBAN PUBLIC TRANSPORT SERVICE IN NATAL/RN DURING THE DAWN

ABSTRACT

Aims to check the continuity in provision of road urban public transport service in Natal/RN during the late nights. Defines public service, also considering public transportation as one of those subjects. Points in which cases the provision of public services will be subject to application the rules of consumer microsystem law. Gives an assessment about the essentiality of providing public transport, in a general context. Focuses the road urban public transport as one of the types of public transport, so it is also essential. Clarifies about the continuity principle. Presents the legal predictions of accountability to public service providers who violate the mentioned principle. Shows how it works and is composed the road urban public service transport in the ‘potiguar’ capital. Exposes about the “Corujão” system. Concludes that there is no continuity in provision of road urban public transport service in Natal/RN during the dawn. Uses as methodological procedure the bibliographic research in print and electronic.

Keywords: Public Transport. Natal/RN. The Dawn. “Corujão” System. Continuity.



A DISPENSA INDIVIDUAL IMOTIVADA SOB A ÓTICA CONSTITUCIONAL

Anne Karoline Melo de Farias

Acadêmica do 10º período do Curso de Direito da UFRN

Thiago de Oliveira Moreira

Professor Orientador

RESUMO

A Constituição de 1988 consagrou o direito ao trabalho enquanto um direito fundamental, estabelecendo, ainda, o direito à relação de emprego protegida contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa, o que deveria ser definido por lei complementar. Nesse sentido, percebe-se que há certo incentivo por parte do Direito Brasileiro ao promover a tese do direito potestativo do empregador, uma vez que as consequências legais previstas para a dispensa efetuada sem justa causa não configuram verdadeiro óbices para os empresários. Ademais, as dispensas efetuadas sem justa causa ou arbitrariamente são tratadas da mesma forma e com as mesmas consequências, figurando notável contradição na ordem constitucional. A facilidade em que ocorrem as dispensas ocasiona uma série de prejuízos para os trabalhadores e para a sociedade em geral, que sofre e sustenta as consequências de um desemprego, contribuindo, ainda, por precarizar todo sistema laboral.

Palavras-chave: Relação de emprego. Sistema de proteção. Dispensa imotivada. Convenção n.º 158 da OIT.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988 consagrou os direitos dos trabalhadores entre os direitos fundamentais do ser humano, estabelecendo, em primeiro plano, o direito à relação de emprego protegida contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa. Tal proteção deveria ser definida por lei complementar que, no entanto, ainda não foi editada.

Nesse sentido, o ato relativo à extinção da relação do trabalho, por iniciativa unilateral do empregador, comporta-se como um dos temas mais controvertidos do sistema de relações laborais. Não obstante existirem discussões sobre os tipos de dispensas ilícitas, o que se observa, na prática, é a consagração da tese do direito potestativo do empregador em efetuar a despedida imotivada.

Os aspectos polêmicos em torno da questão têm polarizado os interesses dos empregados e empregadores, aparentando tratar de modelos de vantagens opostas. De um lado, o setor laboral entende que as hipóteses de rescisão do contrato de trabalho devem encontrar limites expressos na legislação. Do outro, o setor empresarial entende que qualquer restrição a sua prerrogativa de rescindir unilateralmente o vínculo contratual de trabalho constitui uma afetação à liberdade de empresa.

Em que pese observar-se que a nova ordem constitucional instituiu contornos diferentes ao sistema de proteção da relação de emprego, notadamente quando da ampliação de benefícios voltados aos trabalhadores, percebe-se, também, que a norma contida no art. 7º, I, da CRFB/88, relativa ao direito à relação de emprego protegida contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa, não se revela como efetiva, necessitando de mudanças estruturais no sistema de dispensa brasileiro.

Some-se, a essa problemática, o fato de não haver qualquer diferenciação nas hipóteses de dispensa imotivada, fixadas pelo constituinte originário, notadamente quando da dispensa efetuada arbitrariamente ou sem justa causa.

Indaga-se, nesse viés, como, e se, a doutrina e os tribunais pátrios têm enfrentando essa questão nos casos concretos, observando as particularidades inerentes a esses institutos. Portanto, se levará em conta os termos utilizados pelo legislador constituinte no art. 7º, I, da Constituição, procurando estabelecer as distinções entre dispensa “arbitrária” e “sem justa causa”. Nesse sentido, seria necessário e fundamental ao sistema de proteção ao trabalhador que se criem de mecanismos, afora os já existentes, capazes



de coibir a dispensa arbitrária? Ainda assim, o sistema atual apresenta falhas ao tratar esses dois tipos de dispensas da mesma forma e com as mesmas consequências?

2 APONTAMENTOS HISTÓRICOS SOBRE A EVOLUÇÃO DA PROTEÇÃO DA RELAÇÃO DE EMPREGO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

É de fundamental importância discutir as questões que envolvem a proteção contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa no país. Para tanto, faz-se necessário examinar, à luz do sistema constitucional, as políticas adotadas para tutelar as relações de emprego ao longo da história do país.

A institucionalização do Direito do Trabalho no Brasil tomou suas primeiras formas em 1930, com a atividade legislativa dando azo a necessidade de criação de normas voltadas à proteção dos direitos dos trabalhadores. Nesse momento político, as relações de trabalho eram marcadas por uma forte carga intervencionista estatal, tendo em vista o corporativismo observado à época. Após, com o advento do Estado Constitucional (CANOTILHO, 1999), no qual a característica mais evidente é a busca pela valorização da dignidade humana, emergiu a necessidade de se regular a atividade econômica estatal em conformidade com o fundamento de valorização do trabalho humano.

Os direitos de segunda dimensão (DIMOULIUS; MARTINS, 2012), os chamados direitos sociais, passaram a exigir uma contraprestação positiva dos Estados. O direito ao trabalho, inserido nessa natureza, exige uma intervenção real do Estado, que passa a ter uma função de garantidor de uma justiça distributiva (MAZUOLLI, 2010). O texto constitucional de 1988 incluiu os direitos sociais enquanto direitos fundamentais do homem, afirmando que a ordem econômica do país se funda na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim assegurar a todos existência digna. Ao enunciar os princípios, cita, ao lado da redução de desigualdades e da propriedade privada, a busca pelo pleno emprego, afirmando ser o primado do trabalho a base da ordem social. É como se a Constituição realmente atentasse para a necessidade de se buscar um equilíbrio harmônico dos interesses dos cidadãos, de modo que todos os direitos constitucionais previstos possam ser assegurados. Nesse sentido, o aludido diploma consagrou o direito ao trabalho digno dentre os direitos fundamentais do ser humano, firmando a proteção à dispensa arbitrária ou sem justa causa como o primeiro direito listado nesse sistema. O art. 7º, I, da CFRB/88 dispõe que tal proteção deveria ser disciplinada por lei complementar,



a qual preveria “indenização compensatória dentre outros direitos”. Todavia, passados vinte e cinco anos após a promulgação do texto constitucional, a lei complementar alhures referida sequer foi editada, dificultando o pleno exercício do direito esculpido na norma constitucional e impulsionando o direito potestativo do empregador de dispensa sem qualquer limite para tanto.

Desse modo, nota-se, quanto à história dos direitos trabalhistas, que valorizar o trabalho também significa torná-lo duradouro, livre de ameaças e dissociado de um ambiente em que a demissão parece ser iminente.

3 A NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL E A PROTEÇÃO DO EMPREGO CONTRA A DISPENSA ARBITRÁRIA

A Constituição da República de 1988 reorganizou toda a sistemática dos direitos trabalhistas. Nesse contexto, o valor social do trabalho aparece ao lado da soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, livre iniciativa e pluralismo político no art. 1º de seu texto, formando os fundamentos da República. O art. 7º, que enumera os direitos dos trabalhadores, não mais aparece no capítulo reservado à ordem econômica e social, mas, sim, na parte reservada aos direitos e garantias fundamentais, em capítulo destinado ao tema dos direitos sociais.

O desenvolvimento econômico e social baseia-se, fundamentalmente, na concretização de direitos, tanto a nível individual quanto coletivo, sendo condição essencial na formação de um regime democrático. Os direitos sociais, portanto, relacionam-se com mecanismos capazes de reduzir as desigualdades, sendo este, talvez, um dos maiores desafios a ser superado pelo Estado.

Ora, no plano internacional também se buscou oferecer maior proteção aos direitos do homem. “Percorrendo esse caminho, o sistema global de proteção aos direitos humanos foi ampliado, conferindo maior efetividade na luta desses direitos, ao passo que se implantam novos tratados internacionais sobre o tema” (GURGEL, 2010, p. 125). Sendo assim, toda ideia de reforma deverá sempre ser associada ao progresso social, no sentido de oferecer condições sociais que garantam igualdades reais de oportunidades entre os indivíduos (MEDINA, 2012).

É perceptível, assim, que as facetas das relações de emprego podem ser entendidas tanto sob a ótica econômica de um país, isto é, com vistas ao próprio mercado de trabalho e suas variantes, como também sob o prisma da relação estabelecida entre o empregado e o empregador, o que se configura,



atualmente, como o fim em si do Direito do Trabalho.

Nesse sentido, os que defendem a autonomia do empregador em dispensar seus empregados livremente, sem qualquer restrição ou limite para tanto, entendem que, caso não haja essa “liberdade”, existirá uma maior dificuldade para aqueles que não possuem qualquer vínculo empregatício adentrarem no mercado de trabalho, por exemplo. Justificam que o Direito apenas ofereceria proteção àqueles que já possuem seus empregos, excluindo todos aqueles que já não fizessem parte de uma relação de emprego. Dessa forma, justificam que deveriam ser criadas medidas de seguranças no mercado de trabalho e não propriamente em cada emprego, de forma individualizada.

Acontece que o Direito do Trabalho pode e deve tutelar essas duas vertentes, isto é, proteger não somente as relações de emprego já em curso, não compactuando e facilitando o seu término injustificado, mas também o mercado de trabalho, impulsionando o surgimento de novos postos de empregos, de modo que haja efetiva preocupação do Estado em fomentar esses dois tipos de proteção, mesmo porque uma não exclui a outra.

Dessa forma, a proteção à relação de emprego, entendida de forma individual, é revestida de pormenores que acabam por restringir a autonomia do empregador em pôr fim ao contrato de trabalho, por ato unilateral do mesmo. Como exemplo de regras que limitam a dispensa por parte do empregador, menciona-se a concessão de aviso prévio e o pagamento de indenizações. Todavia, partindo-se de uma análise mais aprofundada do sistema, torna-se perceptível o fato de que esses institutos não oferecem uma proteção verdadeira ao trabalhador, apenas funcionam como uma espécie de compensação pelo término da relação de emprego. Logo, conclui-se claramente que não se trata de um sistema acurado de proteção nas relações de trabalho.

Nesse sendo, a grande mudança trazida pelo texto constitucional de 1988, no tocante à proteção do emprego, foi, sem embargo de dúvidas, ter trazido à tona a proteção contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa de empregados. Tem-se que a liberdade absoluta de despedir ou a garantia plena no emprego correspondem a modelos extremos opostos, que apenas representam unicamente os interesses de empregadores ou empregados. Não se pode negar que um sistema jurídico que proíba cegamente um empresário de dispensar seus empregados tende a cair em contradição, tendo em vista as nuances do mercado econômico e da globalização. Por óbvio, faz-se necessária dispensa desses empregados em virtude de comprovados problemas de ordem financeira, por exemplo, ou até mesmo quando as características pessoais do empregado não se adéquam as das empresas.



Cabe ao Direito, diante dessa realidade, tentar compor um sistema que venha a mesclar a livre iniciativa e o valor social do trabalho, de modo que nenhuma ação represente por completo os interesses totais dos empregados ou dos empregadores. Os direitos trabalhistas, além de regular a relação estrita entre empregado e empregador, se direcionaram a tutelar as mazelas de uma sociedade notadamente desigual, fomentando a necessidade de se buscar melhorias nas condições de trabalho, bem como promoção de políticas públicas e sociais.

O art. 7, I, da CRFB/88, dispõe que:

Art. 7º- São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos (...).

Nesse sentido, pode-se observar que o legislador constituinte preocupou-se em obstar a dispensa arbitrária ou sem justa causa, de forma a consagrar proteção à relação de emprego.

E nesse aspecto pode-se notar uma clara falta de proteção ao empregado, já que o pagamento de indenizações e o depósito do FGTS, por exemplo, não constituem uma forma de impedir a dispensa arbitrária, mas, apenas, de certo modo, limita ou até mesmo dificulta que o empregador dispense sem uma causa justificadora.

Sendo assim, comprova-se que o sistema protetivo da relação de emprego adotado no Brasil não cumpre com seu propósito. A compensação pecuniária disposta no art. 10 do ADCT tão longe garante qualquer condição de proteção ao trabalhador, que, sendo a parte mais frágil da relação empregatícia, é submetido a toda forma de pressão e violência psicológica quando ameaçado pelo desemprego.

3.1 Aplicabilidade da norma relativa à proteção do emprego (Art. 7º, I, da CRFB/88)

A par dos institutos pensados no atual modelo constitucional para garantir maior eficácia na proteção da relação empregatícia, sabe-se que, historicamente, a proteção do emprego consubstanciou-se unicamente no instituto da garantia plena do emprego, o que correspondia à estabilidade definitiva do empregado no posto de trabalho. A facilidade na dispensa dos



empregados já está arraigada na cultura empresarial dos brasileiros. Hoje se pode despedir pelo simples fato de o empregador não gostar da roupa do seu empregado, por exemplo, desde que esse motivo não seja explícito. Isso dá margem para diversos outros problemas, como incitação ao preconceito e instauração de um clima de tensão nessas relações empregatícias, uma vez que o empregado sempre vai estar na iminência de perder seu emprego por uma atitude arbitrária de seu empregador.

No atual contexto econômico brasileiro, de estabilidade econômica, o trabalhador que é dispensado passa a receber o seguro-desemprego, o que lhe garante certo sustento por um período, e depois consegue ser empregado novamente em outro posto.

Ao que parece, a primeira vista, não haveria qualquer prejuízo ao trabalhador. No entanto, essa alta rotatividade observada constantemente no cenário econômico brasileiro acaba por impossibilitar uma série de direitos, caso o mesmo continuasse seu contrato de trabalho em uma mesma empresa. Além disso, a sucessão de contratos impossibilita que o profissional se firme em uma carreira sólida dentro da empresa, que busque meios para se qualificar e construir uma carreira profissional. Somado a esses fatores, cria-se uma mão de obra carente de especialização no país, já que as empresas pouco se importam em investir em seus profissionais.

De acordo com a exegese constitucional, os princípios e regras dispostos na Constituição não devem ser interpretados isoladamente. Todos os direitos previstos na Constituição, tendo como base o princípio da dignidade humana, devem considerar como última finalidade da atuação estatal a promoção do bem estar social e do desenvolvimento da nação.

Com efeito, o conjunto desses artigos dispostos na Constituição leva a crer que essa interpretação deva seguir a mesma exegese constitucional alhures referida, não fazendo sentido a eficácia de apenas alguns dispositivos constitucionais, até mesmo porque estes não foram pensados isoladamente. A CRFB/88 estabeleceu a proteção da relação de emprego contra dispensa arbitrária ou sem justa causa no art. 7º. No entanto, a vedação a dispensa arbitrária longe está de possuir efetividade, de modo que a promoção da dignidade do trabalhador conforme pensada pelo legislador constituinte originário não parece ser uma realidade.

A forma como o sistema trabalhista foi pensado e como se apresenta hodiernamente não garante efetividade à proteção do emprego, escolhendo-se, assim, a opção por uma interpretação um tanto quanto restritiva.

No entanto, há uma discussão na doutrina trabalhista se essa



norma seria realmente aplicável, em virtude de fazer menção à necessidade da edição lei complementar para o seu efetivo cumprimento.

Sob a ótica das considerações alhures expendidas, deve-se passar a compreender que a dispensa por motivos arbitrários não foi recepcionada pela atual Constituição Federal. No entanto, alguns doutrinadores entendem que o art. 7º, I, da CFEB/88, ao fazer referência a edição de uma lei complementar, condicionaria o direito ali garantido a existência dessa lei, sendo, portanto uma norma de não-incidência plena, e que valeria, portanto, até a efetiva edição e promulgação de tal lei, a regra do ADCT – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que majora a multa sobre o FGTS para 40% (quarenta por cento).

A edição da lei complementar torna-se imprescindível, por óbvio, pare delinear os contornos dessa proteção, uma vez que funcionará como integradora da norma constitucional para que a mesma realize sua finalidade.

Nessa senda, Maria Helena Diniz (2012, p. 125), entende que, enquanto não for publicada a lei regulamentadora, a norma não produzirá efeitos positivos, no entanto possui eficácia paralisante, de modo a impedir qualquer conduta contrária ao que a norma constitucional estabelece.

Para o constitucionalista, José Afonso da Silva (2007, p. 409), o art. 7º, I, da CRFB/88, trata de norma de aplicabilidade imediata. Considera, assim, que a garantia do emprego nos termos da Constituição é por si só suficiente para gerar o direito nela previsto. Logo, à lei complementar caberia apenas determinar os limites dessa aplicabilidade, com a definição dos seus elementos, como a despedida arbitrária e a justa causa.

Por fim, não parece ser razoável condicionar a eficácia de um direito garantido na Constituição à dependência de edição de uma lei complementar para tanto. E a eficácia jurídica do art. 7º, I, já subsiste no mundo jurídico, comportando-se como norma de eficácia plena. A lei exigida no texto de 1988 deverá surgir para intensificar essa proteção, com o intuito de regular os conceitos de despedida arbitrária e sem justa na causa nas relações laborais, especificando como se dará tais indenizações. A falta de lei complementar jamais pode obstar o exercício de um direito previsto em sede constitucional, devendo apenas funcionar quanto aos efeitos do descumprimento de tal direito assegurado.

Ora, não restam dúvidas de que, pela simples leitura do mencionado dispositivo, a proteção ao trabalho livre da dispensa arbitrária ou sem justa causa é uma garantia assegurada pelo texto constitucional, sendo evidente que a inércia do legislador infraconstitucional não pode negar efeitos a tal norma, notadamente quando a dispensa efetuada pelo empregador comportar-se



como abuso de direito, o que facilmente torna-se percebível quando um empregado é dispensado sem qualquer motivação, baseando-se, muitas vezes, em aspectos ilegais.

4 A SISTEMÁTICA BRASILEIRA DE DISPENSA ARBITRÁRIA OU SEM JUSTA CAUSA

Após as explicações sobre as nuances da aplicação da norma contida no art. 7º, I, da CRFB/88, passará a analisar como o direito brasileiro trata as consequências jurídicas da dispensa individual arbitrária ou sem justa causa.

A CRFB/88 demonstrou sua opção em não acatar a dispensa arbitrária ou sem justa causa como válida no ordenamento jurídico, em conformidade com o art. 7º, I, do referido diploma legal, desde que tal instituto fosse previsto por lei complementar, tendo ainda previsto indenizações compensatórias em razão desses tipos de dispensas.

A proteção da relação de emprego disposta no art.º 7º, I, da CRFB/88 inovou a ordem jurídica ao eliminar a estabilidade do emprego trazida com a Constituição de 1937 e repetida pelas demais, condicionando a questão da dispensa arbitrária ou sem justa causa a uma lei complementar que nunca foi elaborada.

As justificativas e polêmicas que giram em torno da possível edição de uma lei nesse sentido são bastante complexas, pois envolvem uma série de fatores que seriam atingidos pelo seu conteúdo, tendo impactos de ordem jurídica, econômica e social.

É incessante a busca, pelo Direito do Trabalho, de um equilíbrio econômico entre os interesses do empregado e do empregador. Ora, resta evidente que restringir as hipóteses de dispensa por parte do empregador a apenas os casos em que houvesse justa causa impediria a dinâmica natural e inerente às relações de emprego, possuindo graves repercussões na esfera econômica e produtiva. Nenhuma empresa, nos moldes como é concebida, se permitiria continuar em seu quadro com algum funcionário que julgue ser improdutivo, por exemplo. Por outro lado, não se deve esquecer a função social do trabalho e como ele foi pensado em nossa Constituição; renegar seus valores é compactuar para que o lucro seja alcançado em detrimento de qualquer princípio. A difícil conciliação entre o interesse do empregador e o interesse social do empregado de garantir sua sobrevivência através do emprego parece ser a grande dificuldade de todos os sistemas jurídicos atuais.



Não obstante o texto constitucional parecer priorizar a dispensa quando sendo motivada, atualmente, utiliza-se o art. 10, I, da ADCT, estabelecendo uma multa em casos de dispensa sem justa causa, enraizando tal regra em nosso ordenamento. Longe de conceder a efetiva proteção à qual o trabalhador faz jus e está esculpida na carta magna, a aludida norma trazida no ADCT confere mesmo tratamento a dispensa sem justa causa e a dispensa efetuada arbitrariamente. Evidentemente, essa não foi a intenção do legislador constituinte originário, até mesmo porque trata-se de dois institutos de naturezas distintas. A norma contida no ADCT prevê a mesma consequência para esses dois tipos de demissões, sem distinguir as espécies de indenizações que poderiam vir a ser aplicadas nesses casos, em caso de edição da lei complementar.

Nesse sentido, entende-se que, quando o legislador inseriu as palavras “sem justa causa” e “arbitrária”, quis fazer referência a institutos diferentes, merecendo, ambos, proteção por parte do Direito.

Finalmente, Pedro Paulo Teixeira (1996, p. 16) conceitua dispensa sem justa causa como sendo o ato de desfazimento do contrato de trabalho em que, embora o empregador apresente razões de índole subjetiva, não se funda em ato faltoso cometido pelo empregado.

Trata-se, portanto, de um ato razoável por parte do empregador, fundado em motivos de ordem técnica, econômica ou social, desde que devidamente comprovadas. Em qualquer dessas hipóteses, mesmo havendo justo motivo para a dispensa, o empregador deve arcar com uma indenização frente ao trabalhador, que teve seu contrato de trabalho desfeito. O pagamento dessa indenização não se faz necessário quando o contrato de trabalho terminar por ato do empregado, em decorrência de uma falta grave, uma vez que, nesses casos, o ônus de pôr fim à relação de emprego não partiu do empregador, que nada contribuiu para tal fato.

Em havendo dispensa arbitrária, isto é, não fundada em qualquer motivo, seja ele de índole objetiva (relativo a um motivo razoável pelo empregador, como, por exemplo, algum problema de índole financeira da empresa) ou subjetiva (aqui seria a justa causa), não há qualquer motivo razoável para o ato do empregador, que não deve possuir qualquer amparo social, mas, sim, um tratamento com mais rigor pelo Direito.

O conceito de dispensa arbitrária encontra-se previsto no art. 165 do CLT e é aplicável apenas aos titulares de representação de empregados na CIPA. Tal dispositivo conceitua dispensa arbitrária como sendo aquela que não se funda em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro, sob pena



de ser o empregador condenado a reintegrar o empregado. Portanto, seriam exemplos de dispensa arbitrária: aquela fundada em motivos de ordem social, racial, discriminação religiosa, ligada a questões de represálias, perseguição, quando ocasionadas com o fim de precarizar a relação de emprego, como, por exemplo, quando ocorre a despedida de um funcionário visando a contratação de um outro com salário menor, dentre outros motivos que não abarcam uma finalidade socialmente aceita.

Diante das considerações acima expendidas, resta evidente que as hipóteses de dispensa arbitrária são muito mais graves e danosas do que as hipóteses da dispensa sem justa causa, fato este que deve ensejar tratamento diferente entre esses dois institutos por parte do Direito. Logo, a dispensa arbitrária deve ser tratada pelo ordenamento pátrio de forma mais onerosa, uma vez que o ato do empregador em dispensar um funcionário baseado em um motivo de ordem justa, calcada nas entranhas do mundo empresarial, não pode se equiparar a dispensa efetuada sem qualquer motivo justo, podendo, inclusive, estar mascarada de aspectos criminosos.

5 PADRÃO INTERNACIONAL DE DISPENSA IMOTIVADA: CONVENÇÃO N.º 158 DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO

Os direitos humanos voltados à proteção do trabalhador possuem como principal escopo a ligação junto à busca pela universalização dos princípios de justiça social aliada à dignificação da pessoa humana. Nessa esteira, o objetivo da comunidade internacional caminha para a organização de um conjunto de direitos mínimos exigíveis e irrevogáveis que se proponha a valorizar a condição de vida da população.

A ordem internacional volta-se, frente ao avanço das constituições sociais, para uma maior atenção à proteção dos direitos mais básicos do ser humano. Sendo assim, “diversos problemas ultrapassam as fronteiras dos Estados nacionais, necessitando de soluções incisivas por parte da jurisdição internacional” (MOREIRA, 2013, p. 145). As relações de trabalho, portanto, não se encontram excluídas dessa interação, porquanto sua existência confunde-se com os primórdios da civilização humana.

Nesse sentido, a Convenção n.º 158 da Organização Internacional do Trabalho comporta-se, talvez, como um dos instrumentos mais controvertidos no âmbito do Direito Internacional.

Há visivelmente um receio e toda uma tensão no país frente às



inovações trazidas com a referida convenção, uma vez que se discute se as disposições contidas nessa Convenção não retornariam o instituto da estabilidade no país, engessando o universo laboral.

Pois bem. A Convenção n.º 158, em seu art. 4º, dispõe que não se dará término à relação de trabalho, a não ser que exista uma causa apta a justificar tal demissão, relacionada com a capacidade ou comportamento do trabalhador, ou ainda em virtude de ordem técnica, econômica ou de serviço.

Talvez esse seja o artigo mais polêmico. No entanto, ao interpretá-lo de maneira acurada, percebe-se que, em nenhum momento, a convenção proíbe a demissão, apenas exige que essa demissão seja justificada, valendo-se, para tanto, do princípio da proteção ao emprego.

É de se perceber que o texto da Convenção não pretende inserir no país um tipo de estabilidade absoluta e definitiva, posto que a própria história do direito do trabalho brasileiro já demonstrou, empiricamente, o quão negativo esse instituto pode ser, tanto para o trabalhador, quanto para as empresas. A Convenção n.º 158 expressa a importância em não se banalizar o instituto da dispensa nos países, promovendo a garantia ao emprego. O trabalho não pode, e nem deve, ser considerado mera mercadoria, sem que dele não decorra nenhum direito. E, mais além, o direito do empregador em rescindir um contrato de trabalho não pode confundir-se com um ato fraudatório, de modo a mostrar-se esse exercício como abusivo.

Da leitura sistêmica da Convenção, ainda, percebe-se que seu texto abre espaço para que cada Estado, em particular, afaste sua aplicação a determinadas categorias trabalhistas, mas exige que essa restrição seja efetivamente relatada e justificada à OIT.

6 CONCLUSÃO

O direito ao trabalho digno foi instituído como valor social na Constituição de 1988, sendo um dos fundamentos da República. É inegável, assim, sua importância para o homem e para sociedade, sendo até mesmo incluído no rol dos direitos fundamentais do ser humano.

O Estado possui uma função importante no tocante à busca pela proteção do direito do trabalho, devendo atuar tanto na promoção de medidas voltadas à própria proteção do mercado de trabalho, como seguridade social, políticas de geração de emprego e renda, como também protegendo o trabalho em um sentido mais restrito, voltado à proteção da



relação empregatícia a nível individual.

Nesse sentido, proteger a relação de emprego significa, principalmente, proteger a sua continuidade, de forma a também impor restrições ao término do contrato de trabalho, principalmente nos casos em que não há qualquer justificativa razoável para isso. O trabalho, que possui sua maior forma de expressão na relação empregatícia, essencial à subsistência humana, é constantemente alvo de ameaças por parte daqueles que detêm, de fato, o poder nessa relação: a classe empresarial.

A norma estampada no art. 7º, I, da CRFB/88 que prevê proteção à relação de emprego contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa foi resultado de intensos debates e avanços no decorrer do desenvolvimento da história do Direito do Trabalho brasileiro. No entanto, o que se pode constatar é que essa norma não está cumprindo realmente com sua função de proteção à relação de emprego, já que as dispensas efetuadas sem justo motivo têm representado o maior número de demissões no país.

Assim, entende-se que, na ocorrência da dispensa individual, o empregador deverá apresentar os motivos que levaram a rescisão do contrato de trabalho. Logo, caso haja uma dispensa efetuada de forma contrária à legislação, deverá ser prevista uma reparação ao trabalhador suficiente ao dano sofrido e que possa vir a representar um verdadeiro óbice à dispensa imotivada ao empregador. De maneira nenhuma essa reparação confunde-se obrigatoriamente com reintegração, mesmo porque essa consequência não é estabelecida taxativamente pela Convenção n.º 158, como alguns procuram afirmar. Por outro lado, a forma de reparação prevista nas Disposições Transitórias da CRFB/88 não garante qualquer proteção ao emprego, além do que trata as hipóteses de dispensa arbitrária e sem justa como sendo sinônimas.

É nesse sentido que a Convenção n.º 158 poderia inspirar a regulamentação prevista no art. 7º, I, da CRFB/88 na definição da despedida sem justa causa e arbitrária, pelo que poderia também prever as consequências para cada um desses institutos. Com efeito, a despedida sem justa causa seria ato razoável do empregador, que se utilizaria do instituto da dispensa quando pautado por um motivo de ordem técnica, econômica, financeira ou social, não baseada em falta cometida pelo empregado. Em última análise, seria a dispensa efetuada sob a justificativa de um motivo socialmente aceitável (o que seria praticamente impossível de elencar cada uma dessas hipóteses na legislação). Já a dispensa arbitrária constitui ato mais gravoso ocasionado pelo empregador, não devendo possuir qualquer ressalva na constituição ou legislação infraconstitucional, compreendendo também as formas de dispensa



discriminatória, bem como as que visam precarizar a relação de trabalho, fomentando a rotatividade da mão de obra. Portanto, este tipo de proteção merece uma consequência mais severa do Direito, já que consubstancia um caso mais gravoso de dispensa ao trabalhador e a sociedade, do que a dispensa efetuada sem justa causa, mas motivada.

Sendo assim, depreende-se da análise do sistema jurídico brasileiro que não foi adotada a tese do direito potestativo do empregador em dispensar irrestritamente, mas que também não foi consagrada a teoria da nulidade. Portanto, vislumbra-se que o direito do empregador em dispensar deve ser limitado a um motivo razoável e socialmente justificável e deve ser reparado na intensidade proporcional ao tipo de dispensa efetuada, seja ela sem justa causa ou arbitrária.

Parece óbvio que toda mudança que atinja e modifique parâmetros culturais e econômicos cause receio na sociedade, todavia é imprescindível que se busque um avanço em termos de efetivação de direitos fundamentais, notadamente no que concerne à proteção dos direitos trabalhistas. Com efeito, um sistema que busque apenas a proteção do trabalhador tende a cair em contradição, precarizando cada vez mais as relações de emprego. A missão do Direito do Trabalho é justamente a busca pela harmonização desses direitos, aparentemente tão opostos, até mesmo porque os empregadores também possuem direitos positivados na Constituição. Ora, um sistema demasiadamente rigoroso e inflexível enfraquece a relação de emprego, engessando o poder de gestão do empregador, que buscará novas formas para o desenvolvimento de sua atividade, como a informalidade ou até mesmo a transferência de sua produção a países com total liberdade no mercado de trabalho.

Por fim, acrescente-se que esse é o momento ideal de avanço na luta pelos direitos humanos e para firmar um Estado que se preocupa com um desenvolvimento econômico, aliado ao social. A precarização das relações de trabalho corrompe o ser humano, diminuindo a qualidade da figura humana. Assim, a efetividade de um sistema jurídico que ofereça proteção contra a dispensa arbitrária depende de uma conjugação de esforços por parte dos aplicadores do direito.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Oyama Karyna Barbosa. **Proteção constitucional contra a**



dispensa do empregado: Do descumprimento a efetividade. 2012. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2012.

BARBUGIANI, Luiz Henrique Sormani. **A inserção das normas internacionais de direitos humanos nos contratos individuais de trabalho.** São Paulo: LTr, 2008 GUNTHER, Luiz Eduardo. Curitiba: Juruá, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais.** 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Norma Constitucional e seus efeitos.** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GURGEL, Yara Maria Pereira. **Direitos humanos, princípio da igualdade e não discriminação:** sua aplicação às relação de trabalho. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 2007.

MACIEL, José Alberto Couto. **Comentários à Convenção 158 da OIT.** São Paulo: Ltr, 1996.

MANAUS, Pedro Paulo Teixeira. **Despedida arbitrária ou sem justa causa.** São Paulo: Malheiros, 1996.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público.** 4 ed. São Paulo: RT, 2010.



MEDINA, Gastón Leandro. El despido incausado como ato discriminatorio. **Derecho Social**, n. 43, 2012. Anal. Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales, p. 357.

MOREIRA, Thiago Oliveira. **A aplicação dos Direitos Internacionais pela jurisdição brasileira**. 2012. 306 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Departamento de Ccsa, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2012.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 4. Ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

VIANA, Márcio Túlio. **Trabalhando sem medo: Alguns argumentos em defesa da Convenção n.º 158 da OIT**. Revista Trabalhista Direito e Processo. Ano 7, n.º 25, 2011.

UNMOTIVATED INDIVIDUAL WAIVER ABOUT CONSTITUTIONAL PERSPECTIVE

ABSTRACT

The 1988 Constitution enshrined the labor law as a fundamental right, also establishing the right to an employment protected against arbitrary dismissal or without cause, which should be defined by a supplementary law. In this sense, it is noticed that there some incentive on the part of Brazilian law to promote the thesis of potestative law of the employer, since the legal consequences provided for waiver effected without cause does



not constitute real obstacles for entrepreneurs. Moreover, layoffs made arbitrarily or without just cause are treated equally and with the same consequences, figuring notable contradiction in the constitutional order. The ease in which layoffs occur causes a lot of damage to workers and society in general, which suffers and sustains the consequences of unemployment, also contributing by around precarious labor system.

Keywords: Employment relationship. Protection system. Dismissal without cause.



A TRIBUTAÇÃO ECOLÓGICA COMO INSTRUMENTO DE REGULAÇÃO A SERVIÇO DA GESTÃO AMBIENTAL NO BRASIL

Gabriela Galiza e Silva

Bacharel em direito pela UERN

Advogada

Aluna da Especialização em Direito Constitucional pela UFRN

RESUMO

O presente artigo volta-se para o estudo da Tributação Ecológica como instrumento econômico colocado a serviço da Gestão Ambiental Pública no Brasil. Objetiva-se demonstrar como a função extrafiscal dos tributos verdes pode auxiliar a fomentar condutas economicamente sustentáveis, que revelem ações prioritariamente preventivas. Para tanto, o trabalho que ora se desenvolve irá esboçar um paralelo com o uso tradicional de instrumentos de comando e controle, a cargo de uma Regulação Estatal repressiva e insuficiente, pois destituída do poder de afastar a degradação sofrida pelo bem ambiental. A metodologia utilizada centra-se na revisão bibliográfica de estudos científicos que tratam da correlação estabelecida entre o Meio Ambiente e a Ordem Econômica na Constituição Federal de 1988, bem como na análise do texto constitucional e da legislação infraconstitucional que guarda pertinência com o tema explorado.

Palavras-Chave: Meio Ambiente. Ordem Econômica. Gestão Ambiental. Tributos Ecológicos. Extrafiscalidade.

*“Se soubesse que o mundo se desintegraria
amanhã, ainda assim plantaria a minha macieira”.*
(Martin Luther King)

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 elevou o meio ambiente à condição de valor constitucional e o consagrou como direito fundamental de terceira geração, em razão de sua natureza difusa. O tratamento conferido à questão ambiental pelo constituinte reflete a tendência mundial em ofertar segurança jurídica aos valores ambientais pela sua positivação nas denominadas Constituições Verdes.

No Brasil, o Meio Ambiente revela-se também como fundamento da Ordem Econômica, permitindo ao Estado intervir na atividade produtiva para garantir que sejam observadas e estimuladas práticas condizentes com o desenvolvimento sustentável. Ao Estado é permitido, inclusive, estabelecer tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação.

Ao planejar e executar a Gestão Ambiental, o Estado tem ao seu alcance instrumentos econômicos que almejam ajustar as falhas do mercado, com o fito de internalizar os custos das atividades produtivas ou ao menos diminuir os efeitos de suas externalidades negativas. Dentre eles, destaca-se, para fins do presente estudo, a instituição dos chamados Tributos Ecológicos e sua função extrafiscal na fomentação de práticas produtivas e consumistas ecologicamente desejáveis.

O presente trabalho, em um primeiro momento, buscará estabelecer a relação direta entre Meio Ambiente e Ordem Econômica, conforme tratamento dispensado pelo constituinte, e quais os instrumentos colocados à disposição do Poder Público para equilibrar a atividade produtiva com as questões ambientais. Após caracterizar a Tributação Ecológica como um desses instrumentos, o estudo segue analisando como a função extrafiscal dos tributos pode influenciar na adoção de práticas condizentes com a preservação da natureza.

Por fim, e sem a pretensão de parecer exaustiva, a presente pesquisa trará algumas experiências adotadas pelos diversos entes federativos brasileiros no campo da Tributação Ecológica, com destaque para a instituição do chamado ICMS ecológico.



2 O MEIO AMBIENTE E A ORDEM ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A preocupação com a tutela dos valores ambientais expressa uma mudança de paradigma fortalecida, principalmente, a partir da segunda metade do século XX, quando comunidades de cientistas e ambientalistas passaram a confrontar com maior veemência o crescimento material desordenado das sociedades, destituído de uma preocupação mínima com a preservação da natureza.

No Brasil, a promulgação da Constituição Federal de 1988 apresenta-se como marco propulsor desse processo, estabelecendo as bases normativas e principiológicas de proteção ao meio ambiente. Com efeito, o artigo 225 da Carta Magna trata do meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito de todos, essencial à sadia qualidade de vida, consagrando-o como um bem a ser desfrutado tanto individual como coletivamente, expressando concomitantemente sua natureza subjetiva e difusa.

O vocábulo “Todos”, expresso no *caput* do mencionado dispositivo, determina a abrangência da titularidade do bem jurídico protegido, a qual, conforme nos ensina Paulo Affonso Leme Machado (2005, p. 116), pertence a cada uma das pessoas humanas, e, por essa mesma razão, não se esgota em nenhuma delas, mas se estende por uma coletividade indeterminada.

O Supremo Tribunal Federal já manifestou posicionamento reconhecendo o direito ao meio ambiente enquanto típico direito de terceira geração, que assiste de forma subjetiva e indeterminada a todo o gênero humano:

O direito à integridade do meio ambiente – típico direito de terceira geração – constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas, num sentido verdadeiramente mais abrangente, à própria coletividade social. Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais,



consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade.¹

O meio ambiente adquire, ainda, na órbita constitucional, atributo de verdadeiro direito intergeracional. Pela primeira vez na história de nosso constitucionalismo, o antropocentrismo cede lugar ao ecocentrismo e o meio ambiente surge como objeto de preocupação política, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e as futuras gerações.

A par das características até aqui especificadas, o artigo 170, inciso VI da Carta Política de 1988 eleva a defesa do meio ambiente à condição de princípio da Ordem Econômica, possibilitando ao Estado estabelecer tratamento fiscal diferenciado em relação aos agentes cujas atividades econômicas desenvolvidas apresentem menor potencial ofensivo ao meio ambiente, como forma de incentivar o desenvolvimento econômico sustentável.

O mero crescimento econômico, mito generalizado, vem sendo repensado com a busca de fórmulas alternativas, como o *ecodesenvolvimento* ou o *desenvolvimento sustentável*, cuja característica principal consiste na possível e desejável conciliação entre o desenvolvimento integral, a preservação do meio ambiente e a melhoria da qualidade de vida – três metas indispensáveis. [...] Compatibilizar meio ambiente com desenvolvimento significa considerar os problemas ambientais dentro de um processo contínuo de planejamento, atendendo-se adequadamente às exigências de ambos e observando-se as suas inter-relações particulares a cada contexto sociocultural, político, econômico e ecológico, dentro de uma dimensão tempo/espço. Em outras palavras, isto implica dizer que a política ambiental não deve erigir-se em obstáculo ao desenvolvimento, mas sim em um de seus instrumentos, ao propiciar a gestão racional dos recursos naturais, os quais

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 22.164, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 30-10-1995, Plenário, DJ de 17-11-1995. No mesmo sentido: RE 134.297, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 13-6-1995, Primeira Turma, DJ de 22-9-1995. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigobdasp?item=%202004>. Acesso em: 21 de janeiro de 2014.



constituem a sua base material (MILARÉ, 2009, p. 64-65).

Todavia, salienta-se que a interferência do Estado na Ordem Econômica tem previsão normativa recente no constitucionalismo brasileiro, principiando com a Constituição de 1934 – primeira a estabelecer mecanismos jurídico-constitucionais para tal. Antes disso, a lógica pregada pelo Liberalismo econômico determinava a máxima abstenção da atividade estatal possível. “A ideologia prevalente era a de que o Estado deveria deixar que as próprias forças do mercado configurassem o modelo econômico a ser adotado pela sociedade” (ANTUNES, 2006, p. 9).

Hodiernamente, o texto constitucional disciplina, através do artigo 174, *caput*, que “como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento”. Dessa forma, o Direito Econômico brasileiro, inserido em uma sistemática capitalista, assegura a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente da autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Como regra, portanto, o Estado deverá atuar na Ordem Econômica como agente normativo e regulador, permitindo-se a exploração direta de atividade econômica pelo Estado apenas quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

A defesa do meio ambiente – enquanto princípio da Ordem Econômica – permite, nesse contexto, que o Estado estabeleça “tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação”, conforme capitula o artigo 170, inciso VI da Lei Maior.

A atuação do Poder Público na proteção do meio ambiente, embora não excludente do dever de tutela da sociedade, merece destaque, uma vez que abarca a gestão e a administração dos bens ambientais. Desse modo, a intervenção estatal na tutela do meio ambiente, ainda que represente interferência na Ordem Econômica, deve ser entendida como necessária à correta equalização do binômio sustentabilidade/desenvolvimento.

Ou seja, diante do novo quadro constitucional, a regulação estatal do ambiente dispensa justificação legitimadora, baseada em técnicas interpretativas de preceitos tomados por empréstimo, pois se dá em nome e causa próprios. Em face da exploração dos recursos naturais, a ausência do Poder Público, por ser a exceção, é que demanda cabal justificativa, sob pena de violação do dever inafastável de



(prontamente) agir e tutelar. Nessa linha de pensamento, os comandos constitucionais fincam, como será tratado em seguida, os marcos divisórios daquilo que se pode denominar ordem pública ambiental constitucionalizada, baseada na explorabilidade limitada e condicionada da natureza (CANOTILHO; LEITE, 2010, p. 94).

Na busca pela consecução dos deveres ambientais constitucionalmente impostos, o Poder Público deve planejar suas ações de forma estratégica e com o objetivo de equilibrar as atividades produtivas com as questões ambientais, reduzindo ou eliminando os danos provenientes da intervenção humana, ou até mesmo evitando o desencadeamento daqueles, quando age de forma pautada nos princípios da prevenção e da precaução. A esse conjunto de ações, denomina-se Gestão Ambiental.

Esse conjunto orgânico de ações praticadas constitui um processo único, articulado, vez que elas não podem ser desconexas ou descoordenadas. Tal processo, complexo e cientificamente encadeado, vem a ser a Administração do Meio Ambiente ou, em termos mais apropriados à nomenclatura contemporânea, a Gestão Ambiental. [...] A metodologia e as ferramentas para bem se estruturar e conduzir a gestão ambiental encontra-se no *planejamento*, que, uma vez iniciado, torna-se um processo contínuo e progressivo que se renova e se atualiza sempre, mantém mobilizados os atores e leva os participantes a alcançarem os seus intentos (MILARÉ, 2009, p. 297-298).

Heron José de Santana Gordilho (2010, p. 94-95) aponta que a Gestão Ambiental no Brasil, enquanto esfera de atuação do Estado regulador e a exemplo do que ocorre em outros países do globo, ao enfrentar o problema das externalidades ambientais, costuma utilizar-se de instrumentos jurídicos de regulação repressivo ou reativo, estabelecendo padrões, proibições e organizações, voltados para a regulação direta (fixação de deveres, restrições e proibições) do meio ambiente.

Embora largamente utilizados pela política ambiental internacional, os instrumentos de regulação direta, pelo caráter marcadamente repressivo que possuem, têm sido alvo de críticas, sobretudo, por sofrerem influência de determinados grupos de interesse econômico, ficando, na maioria das vezes, afetos ao campo meramente atenuador dos danos causados ao meio ambiente.

A implementação destes instrumentos jurídicos de regulação



repressiva, no entanto, enfrenta sérios problemas estruturais em um país como o nosso, marcado por desigualdades regionais e sociais injustificáveis, fato este agravado pela ineficiência dos serviços públicos que, muitas vezes, se prestam apenas a favorecer ao fisiologismo dos grupos políticos determinantes (GORDILHO, 2010, p. 95).

Por essa razão, defende-se que a Gestão Ambiental no Brasil, mais do que um mecanismo de controle repressivo, deva tornar-se também um mecanismo de controle preventivo, através da chamada regulação estatal indireta. Para tanto, o Estado tem ao seu alcance instrumentos econômicos voltados não somente para um controle preventivo, como também indutor, uma vez que tais instrumentos econômicos preveem compensações e bonificações para os agentes produtivos que se comportam segundo os comandos normativos protetores do meio ambiente.

Espera-se que o uso de instrumentos econômicos juntamente com os instrumentos de comando e controle, permitirá que a gestão ambiental saia de ações mitigadoras ou reparadoras das perdas ambientais para atuar de forma preventiva e indutora de usos compatíveis com a preservação, podendo também gerar receitas para a implementação de atividades sustentáveis (FRANCO, 2006, p. 08-09).

Dentre os instrumentos econômicos postos a disposição do Estado regulador, no campo de realização da Gestão Ambiental, destacam-se os chamados Tributos Ecológicos, também denominados de Tributos Verdes ou Ambientais, que têm como objetivo inibir ou amoldar comportamentos econômicos em prol do desenvolvimento sustentável, estimulando comportamentos ecologicamente desejados.

O desenvolvimento sustentável passa, portanto, a não ser encarado como mera regra de direito ambiental, mas sim como um conjunto de ideias e ações que objetivam compatibilizar a produção econômica com a apropriação dos recursos naturais, visando a um bem-estar social. (MATTHES, 2011, v. 8, n. 16, p. 55).

3 A EXTRAFISCALIDADE TRIBUTÁRIA COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO AMBIENTAL

A arrecadação tributária tem como fim precípua abastecer os



cofres estatais para fazer frente às despesas públicas. Todavia, alguns tributos possuem também função regulatória, servindo como instrumento para a intervenção estatal na economia. Por essa razão, quanto a sua finalidade, os tributos podem ser classificados em fiscais, parafiscais e extrafiscais.

Os tributos fiscais têm como escopo prover os cofres públicos, caracterizando-se pela destinação da receita angariada diretamente ao Fisco. Em contraponto, os tributos parafiscais visam ao custeio de atividades paralelas àquelas exercidas pela Administração Direta e têm a sua titularidade transferida a pessoas diversas do Estado, razão pela qual alguns autores discordam em incluir as prestações parafiscais no gênero tributário.

Enquanto a *fiscalidade* se caracteriza pela destinação dos ingressos ao FISCO, a *para-fiscalidade* consiste na destinação ao PARAFISCO, isto é, aos órgãos que, não pertencendo ao núcleo da administração do Estado, são *parafiscais*, incumbidos de prestar *serviços paralelos* e essenciais através de receitas *para-orçamentárias*. [...] A para-fiscalidade, portanto, não se confunde com a fiscalidade, nem as prestações parafiscais se identificam como os tributos, eis que constituiria autêntica *contradictio in terminis* falar em “tributos para-tributários” ou em “fiscalidade para-fiscal”: o que é paratributário não pode ser tributário e o que é fiscal não pode ser ao mesmo tempo fiscal (TORRES, 2010, p. 186).

Por seu turno, tributos extrafiscais são aqueles que, a par de sua função arrecadatória (fiscal), visam à intervenção estatal na economia. Utilizando-se deles, o Poder Público procura fomentar ou inibir condutas adotadas por pessoas físicas ou jurídicas, de acordo com o que determina o interesse público.

A rigor, portanto, não existe tributo cuja única finalidade seja a de direcionar os rumos da atividade econômica, uma vez que toda espécie tributária servirá sempre como fonte de arrecadação de receita para o Estado. Contudo, no campo da extrafiscalidade, a pretensão de obter recursos é apenas subsidiária.

Desta feita, a política fiscal adotada por um Estado, além de garantir o funcionamento da máquina pública, pode vir a tornar-se verdadeiro instrumento de reforma social, servindo, inclusive, à proteção do meio ambiente, através da chamada Tributação Ambiental.

Os tributos ambientais servem à regulação ambiental indireta, possibilitando ao Estado exercer um controle preventivo das atividades



produtivas nocivas ao meio ambiente, estabelecendo sanções premiais para aqueles que adotam práticas condizentes com o desenvolvimento sustentável, apresentando vantagens quanto aos instrumentos de comando e controle, marcadamente repressivos.

Assim, a regulação indireta, que visa influenciar a atividade econômica na direção do desenvolvimento sustentável, através de incentivos à produção e à comercialização de produtos e serviços sustentáveis, apresenta significativas vantagens em relação à regulação direta, primeiro pelo seu caráter preventivo, constituindo-se em alternativa às políticas repressivas de comando e controle, que, em regra, exige um dano já manifestado e, na maioria das vezes, de difícil reparação; e, segundo, pelo caráter não-coativo de uma intervenção, o que facilita a adesão dos destinatários ao comando normativo (GORDILHO, 2010, p. 95).

Na esteira do que vem sendo estudado, importante frisar desde já que o Poder Público não pode instituir uma tributação ambiental com a finalidade de punir aqueles que provocam um dano ambiental (uma vez que tributo não possui caráter sancionador²), devendo, outrossim, incentivar condutas não degradantes, atuando, portanto, de forma preventiva e não repressiva.

As etapas de produção, distribuição e acumulação, que envolvem a atividade econômica, estão todas ligadas ao meio ambiente e ao consumo de bens naturais. A Gestão Ambiental Pública, nesse diapasão, exerce a regulação econômica com o fito de forçar os agentes a adotarem posturas adequadas ao desenvolvimento sustentável, buscando a internalização dos custos ambientais ou ao menos a sua redução.

É necessária a internalização dos custos sócio-ambientais nas atividades de produção e de consumo, de forma a induzir mudanças nos padrões de uso dos recursos naturais. Para isso, é necessária a criação de instrumentos econômicos que incorporem os custos ambientais das atividades produtivas e as direcionem de forma mais ajustada ao uso racional e

² O art. 3º do Código Tributário Nacional conceitua Tributo como sendo “toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”. (*grifo nosso*).



eficiente dos recursos naturais disponíveis (SÃO PAULO *apud* FRANCO, 2006, não paginado).

Os tributos ecológicos – enquanto instrumentos dessa regulação econômica – estão correlacionados à teoria das externalidades ambientais, desenvolvida pelo economista Arthur Cecil Pigou.

As chamadas externalidades ambientais ocorrem sempre que os custos ou benefícios sociais gerados por uma atividade econômica não forem inteiramente suportados ou gozados pelos agentes produtores e consumidores envolvidos nela. Nesse contexto, quando ocorre uma falha no mercado e o custo social do bem produzido torna-se maior do que o custo privado, ocorre uma externalidade negativa. Em contraponto, ocorrerá uma externalidade positiva quando a falha do mercado ocasionar benefícios às pessoas, de modo a tornar o ganho social maior que o ganho privado.

A teoria elaborada por Pigou buscou corrigir as imperfeições do mercado geradoras dessas externalidades. Por meio dela, diante de uma externalidade positiva, o Estado deve agir na economia por meio de incentivos fiscais; ao passo que, em face de uma externalidade negativa, o Estado deverá instituir um sistema de impostos (MATTHES, 2001, v. 8, n. 16, p. 57).

Aplicando-se a referida teoria à realidade brasileira, vê-se que a cobrança de impostos ocasionada por uma externalidade negativa, caso permitida, possuiria feição nitidamente sancionatória, o que é vedado pelo ordenamento jurídico pátrio. Por essa razão, autores defendem que a regulação econômica, que utiliza a tributação ambiental como instrumento, deve restar afeta apenas ao campo da extrafiscalidade, não sendo permitido ao Estado atuar com finalidade meramente fiscal (arrecadatória), sob pena de contrariar a regra constitucional da vedação ao confisco.

Relacionando o conceito da extrafiscalidade com a teoria de Pigou, percebe-se que aquela restará demonstrada, quando o Estado intervir na economia, para incentivar as externalidades positivas. [...] No entanto, esta teoria merece crítica, quando estabelece a possibilidade de o Estado atuar em sua função fiscal, ou seja, instituir um sistema de impostos, para desestimular as externalidades negativas, mesmo em matéria ambiental. Isso porque, como o fim maior do direito ambiental é a justiça social e a preservação do meio ambiente, já está claro que a inter-relação entre a economia e o direito ambiental só pode ser feita nos ditames da extrafiscalidade (MATTHES, 2001, v. 8, n. 16, p. 57).



Há, contudo, quem defenda a ocorrência da tributação ecológica também em sua finalidade fiscal, dotada de sentido impositivo, imputando ao poluidor os custos da defesa ambiental.

Com efeito, em sentido impositivo são cobradas, das atividades poluidoras, taxas e contribuições de melhoria ou de intervenção no domínio econômico, visando o financiamento dos custos dos serviços públicos de preservação, recuperação, fiscalização ou monitoramento ambiental (GORDILHO, 2010, p. 110).

A par das discordâncias doutrinárias, o que se mostra como objeto de consenso é que a extrafiscalidade, dotada de sentido seletivo, serve satisfatoriamente ao direito ambiental por atuar preventivamente, condicionando a escolha do agente econômico de acordo com os fins sociais traçados pelo Estado, premiando aqueles que desenvolvem atividades não degradantes ou que adotam meios de produção e acumulação ecologicamente sustentáveis.

4 EXPERIÊNCIAS BRASILEIRAS EM TRIBUTAÇÃO ECOLÓGICA

A degradação ambiental constitui hoje preocupação mundial, e não poderia ser diferente quando se pretende levar a sério a natureza difusa do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. A Tributação Ecológica, nesse desiderato, não constitui inovação brasileira. Muito pelo contrário, é possível elencar diversos exemplos no Direito Comparado.

A Bélgica, por exemplo, instituiu um imposto sobre o consumo de produtos descartáveis [...], restituível mediante a devolução do bem, além do imposto sobre emissões de monóxido de carbono, com receita afetada ao programa da seguridade social. A França instituiu imposto sobre armazenamento de rejeitos não-recicláveis e outro sobre emissão de poluentes [...]. O Japão adota a redução de alíquotas para equipamentos de energia solar ou que economizem energia, evitem poluição ou se destinem à reciclagem, bem como para os que reduzam a poluição atmosférica, hídrica e sonora (GORDILHO, 2010, p. 102-103).

Voltando-se para a realidade brasileira, a função extrafiscal dos



tributos e o seu caráter seletivo contribuem para estabelecer diferentes graduações entre bens e serviços, tomando por base o seu processo de produção, distribuição e acumulação. Dessa forma, ao Poder Público fica facultado oferecer isenções e outros benefícios aos produtores e consumidores que adotam práticas condizentes com o desenvolvimento sustentável.

É possível apontar para várias experiências vivenciadas no país e instituídas por entes tributantes federativos diversos. Na esfera de competência da União, por exemplo, cita-se a Lei nº 9.393, de 19 de dezembro de 1996, que, ao dispor sobre o Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural (ITR), especificou diversas áreas de relevância ecológica, isentando-as da incidência do aludido impostos. Vejamos:

Art. 10. A apuração e o pagamento do ITR serão efetuados pelo contribuinte, independentemente de prévio procedimento da administração tributária, nos prazos e condições estabelecidos pela Secretaria da Receita Federal, sujeitando-se a homologação posterior.

§ 1º Para os efeitos de apuração do ITR, considerar-se-á:
[...]

II - área tributável, a área total do imóvel, *menos as áreas:*

- a) *de preservação permanente e de reserva legal*, previstas na Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012;
- b) *de interesse ecológico* para a proteção dos ecossistemas, assim declaradas mediante ato do órgão competente, federal ou estadual, e que ampliem as restrições de uso previstas na alínea anterior;
- c) comprovadamente imprecáveis para qualquer exploração agrícola, pecuária, granjeira, aquícola ou florestal, *declaradas de interesse ecológico* mediante ato do órgão competente, federal ou estadual;
- d) sob regime de servidão ambiental;
- e) cobertas por florestas nativas, primárias ou secundárias em estágio médio ou avançado de regeneração;
- f) alagadas para fins de constituição de reservatório de usinas hidrelétricas autorizada pelo poder público. (*grifo do autor*).

Ainda na órbita federal, o Decreto nº 755, de 19 de fevereiro de 1993, determina a redução do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) para veículos de uso misto com motor a álcool.

Usando da mesma lógica, o Estado do Rio de Janeiro, através da Lei Estadual nº 2.877, de 22 de dezembro de 1997, minorou a alíquota do



Imposto sobre Propriedade de Veículos Automotores (IPVA) em 1% para automóveis de passeio e camionetas bi-combustíveis, movidas a álcool e/ou gasolina.³

O governo do Amazonas, por seu turno, sancionou a Lei nº 3.135/2007, estabelecendo, em seu artigo 15, hipóteses de extrafiscalidade na cobrança do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) e do IPVA. Com efeito, o referido Diploma autoriza o Chefe do Executivo, mediante Decreto, a diferir, reduzir, isentar, outorgar crédito e estabelecer outros incentivos fiscais referentes aos impostos traçados, desde que envolvam bens e serviços com as especificidades apontadas:

Art. 15. Fica o Poder Executivo autorizado a conceder, na forma e condições que estabelecer:

I - diferimento, redução da base de cálculo, isenção, crédito outorgado e outros incentivos fiscais relativos ao ICMS, nas seguintes operações:

- a) com biodigestores que contribuam para a redução da emissão de gases de efeito estufa;
- b) com metanol, inclusive insumos industriais e produtos secundários empregados na sua produção, destinado ao processo produtivo de biodiesel;
- c) com biodiesel, inclusive insumos industriais e produtos secundários empregados na sua produção;
- d) de geração de energia baseada em queima de lixo;
- e) realizadas pelas sociedades empresárias que se dediquem exclusivamente ao ecoturismo, que tenham práticas ambientais corretas e que instituem programa de educação ambiental em mudanças climáticas por intermédio de estrutura de hospedagem, observada a quantidade de leitos prevista em regulamento e desde que localizada fora das zonas urbanas;

II - benefícios de redução de base de cálculo ou isenção relativos ao IPVA, nos seguintes casos:

- a) veículo que, mediante a adoção de sistemas ou tecnologias, comprovadamente reduzam, no mínimo, percentual definido em regulamento aplicado sobre suas emissões de gases de efeito estufa;
- b) veículo que, mediante substituição do combustível

³ O art. 10 do instrumento normativo em alusão determina que a alíquota do imposto é de: [...] II - 4% (quatro por cento) para automóveis de passeio e camionetas, exceto utilitários; II - A - 3% (três por cento) para automóveis de passeio e camionetas bi-combustíveis, movidos a álcool e/ou gasolina.



utilizado por gás ou biodiesel, reduza, no mínimo, percentual definido em regulamento aplicado sobre suas emissões de gases de efeito estufa.

Embora não se trate de uma espécie tributária propriamente dita, outro instrumento econômico que merece destaque no campo da Gestão Ambiental é o chamado ICMS ecológico, instituído pela primeira vez no Paraná e, hoje, já adotado por dezesseis Estados brasileiros.

Contudo, vale ressaltar que a denominação dada não se refere especificamente ao imposto ICMS, mas sim a maneira como os Estados estabelecem parte do repasse que é constitucionalmente devido aos Municípios.

Por força do que determina o artigo 158, IV da Constituição Federal, vinte e cinco por cento do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre operações relativas à circulação de mercadorias pertencem aos Municípios. O parágrafo único do citado dispositivo fixa os critérios para realização do referido repasse, estabelecendo, em seu inciso II, que Lei Estadual poderá disciplinar sobre como se dará a transferência de até um quarto das parcelas devidas aos Municípios.

Valendo-se, portanto, da referida competência constitucional, os Estados do Acre, Amapá, Ceará, Góias, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Paraíba, Paraná, Pernambuco, Piauí, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, Rondônia, São Paulo e Tocantins já editaram legislações próprias disciplinando as regras para o repasse do ICMS ecológico.

Embora os critérios e percentuais para o repasse variem entre as legislações estaduais, o certo é que o ICMS ecológico tornou-se um importantíssimo instrumento econômico de regulação, uma vez que trabalha sob a perspectiva de premiar os Municípios que apresentem uma gestão ambiental adequada ao desenvolvimento sustentável.

Assim, ao vincular a participação dos municípios nas receitas provenientes do ICMS ao cumprimento de determinados encargos sociais, o ICMS ecológico responde a uma das principais críticas lançadas ao federalismo cooperativo, por autores como Goldschmidt, que o acusa de parasitismo, por permitir que determinadas regiões vivam de “pensões” que recebem fácil e regularmente de outras (GORDILHO, 2010, p. 102-103).

Importante destacar, ainda, que a lógica instituída no repasse



do ICMS ecológico fundamenta-se, sobretudo, no princípio do Protetor-Recebedor, apresentado como a outra face do princípio do Poluidor-Pagador, pelo qual se sustenta que os agentes, cujas condutas sejam praticadas em consonância com os ditames da preservação ambiental, devam ser premiados.

5 CONCLUSÕES

A Ordem Econômica brasileira, inserida em uma conjectura capitalista, assegura a liberdade no exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização do Poder Público, salvo por exigência legal. Todavia, mister harmonizar tal garantia com os princípios basilares traçados no texto constitucional, sendo imperativo que, em toda atividade econômica, deve ser observada a defesa do meio ambiente.

Na busca pela preservação ambiental, a intervenção do Estado na Economia muito mais do que mera faculdade, expressa-se como necessária ao cumprimento dos deveres estabelecidos pelo artigo 225, parágrafo primeiro, da Carta Política. Nesse desiderato, entre os instrumentos econômicos postos ao alcance estatal, legitima-se o uso da tributação, com finalidade regulatória, em prol do meio ambiente.

A tributação ecológica (ou ambiental), desta feita, não pode ter como finalidade precípua a arrecadação para os cofres públicos, ainda que esse resultado possa ocorrer de forma indireta. Caso contrário, estaria permitindo, no Brasil, a cobrança de tributos com fito sancionador e confiscatório, o que contraria disposição expressa do Código Tributário Nacional e da Constituição Federal.

Os tributos ambientais, em contrapartida, encontram, em sua função extrafiscal e seletiva, respaldo para justificar a bonificação dos agentes que adotam práticas econômicas condizentes com os ditames da sustentabilidade, seja através de isenções ou da adoção de diferentes bases de cálculo e alíquotas. Essas práticas podem originar externalidades positivas ou contribuir para internalizar os custos sociais da atividade produtiva, sem, contudo, configurar empecilho ao desenvolvimento econômico.

A preocupação ambiental expressa uma tendência mundial e a utilização da tributação ecológica encontra diversos registros no direito comparado, não devendo o Brasil ficar a par dessa realidade. Incentivar a produção e o consumo de bens e serviços ambientais sustentáveis, através



de tributos extrafiscais, expressa uma mudança do paradigma mitigador e restaurador da degradação ambiental, que se utiliza de instrumentos marcadamente repressivos, guiados pelo princípio do Poluidor-Pagador.

Atuar na prevenção do dano ambiental é postura condizente com aquilo que se espera de uma Gestão Ambiental Pública séria e comprometida em assegurar o gozo dos bens ambientais tanto para as presentes quanto para as futuras gerações, como determinou o constituinte. Utilizando-se, portanto, do outro lado da moeda, o país só tende a avançar na proteção do meio ambiente através da adoção da figura do Protetor-Recebedor.

REFERÊNCIAS

AMAZONAS. Lei Estadual nº 3.135, de 05 de junho de 2007, institui a Política Estadual de Mudanças Climáticas e dá outras providências. Publicada no DOE de 05.06.2007. Disponível em: <<http://www.sefaz.am.gov.br/areas/opcao sistemas/silt/normas/Legisla%C3%A7%C3%A3o%20Estadual/Lei%20Estadual/Ano%202007/Arquivo/LE%203135%2007.htm>>. Acesso em: 01 de fevereiro de 2014.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 9ª ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora *Lumen Juris*, 2006.

BRASIL. Decreto Federal nº 755, de 19 de fevereiro de 1993, reduz as alíquotas do Imposto sobre Produtos Industrializados incidente sobre os veículos automotores que enumera. Publicado no DOU de 20.02.1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0755.htm>. Acesso em: 01 de fevereiro de 2014.

BRASIL. Lei Federal nº 5.172, de 25 de outubro de 1996, dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e dá outras providências. Publicada no DOU de 1996 e retificado em 31/10/1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm>. Acesso em: 31 de janeiro de 2014.



BRASIL. Lei Federal nº 9.393, de 19 de dezembro de 1996, dispõe sobre o Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural (ITR) e dá outras providências. Publicada no DOU de 20.12.1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9393.htm>. Acesso em: 01 de fevereiro de 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes Canotilho; LEITE, José Rubens Morato Leite, organizadores. **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. 3ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2010.

FRANCO, Décio Henrique. **O ICMS como instrumento de Gestão Ambiental: contribuições para o Estado de São Paulo**. 2006. 258 f. Dissertação apresentada ao Programa de Pós Graduação em Engenharia de Produção, da Faculdade de Engenharia, Arquitetura e Urbanismo, da Universidade Metodista de Piracicaba – UNIMEP. Disponível em: <<https://www.unimep.br/phpg/bibdig/pdfs/2006/IPIHLTGJRNEP.pdf>>. Acesso em: 27 de janeiro de 2014.

GORDILHO, Heron José de Santana. **Direito Ambiental Pós-Moderno**. 1ª ed (ano 2009), 1ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2010.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 13. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2005.

MATTHES, Rafael Antonietti. Extrafiscalidade como instrumento de proteção ambiental no Brasil. Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável. V. 8, n. 16, p. 47-62, 2011.

MILARÉ, Édís. **Direito do Ambiente: A Gestão Ambiental em foco**. Doutrina. Jurisprudência. Glossário. De acordo com o Novo Regulamento das Infrações e Sanções Administrativas Ambientais – Decreto 6.514/2008. 6ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.



RIO DE JANEIRO. Lei Estadual nº 2.877, de 22 de dezembro de 1997, dispõe sobre a propriedade de veículos automotores (IPVA). Publicada no DOE de 23.12.1997. Disponível em: <<http://www.alerj.rj.gov.br/processo2.htm>>. Acesso em: 01 de fevereiro de 2014.

THE NATURECONSERVANCY. ICMS Ecológico. Disponível em: <<http://www.icmsecológico.org.br>>. Acesso em: 01 de fevereiro de 2014.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito Financeiro e Tributário**. 17ª ed. atual até 31/12/2009. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

ECOLOGICAL TAXATION AS A REGULATION INSTRUMENT FOR ENVIRONMENTAL MANAGEMENT IN BRAZIL

ABSTRACT

This article aims the study of Ecological Taxation as an economic tool in the service of Public Environmental Management in Brazil. The objective is to demonstrate how the extra fiscal function of green taxes can help the promotion of sustainable economic behavior that reveal preponderantly preventive actions. For that, this article makes a parallel with the traditional use of command and control instruments, under a repressive and insufficient state regulation, for having no power to avoid environmental degradation. The methodology concentrates in bibliographic review of scientific studies concerning the correlation between Environment and Economic Order in the constitutional text and legislation relating to the theme.

Keywords: Environment. Economic Order. Environmental Management. Extrafiscality.



A NECESSIDADE DE PROCURAÇÃO PÚBLICA PARA REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL DE ANALFABETOS COMO OBSTÁCULO AO ACESSO À JUSTIÇA

Paula Kareninne de Brito Bezerra

Acadêmica do 9º período do Curso de Direito da UFRN

Ronaldo Pinheiro de Queiroz

Professor Orientador

RESUMO

Ao se verificar que inexistente proibição legal expressa à representação de analfabetos por instrumento público, e que na maioria das vezes o baixo nível de escolaridade está atrelado ao baixo nível econômico-social do indivíduo, foi vislumbrada a existência de um obstáculo econômico ao acesso à justiça, na medida em que tal requisito desencoraja a procura ao Judiciário por parte daqueles que reúnem as condições de pobreza e de analfabetismo. Através da análise de um precedente, o presente trabalho desenvolve a ideia da desnecessidade de procuração pública para representação de analfabetos, trazendo soluções alternativas que garantem a segurança jurídica da representação e promovem o acesso à justiça, sem o repasse do ônus ao outorgante. Com isso, a pretensão é de que o artigo participe da germinação de uma corrente que visa a ampliação do acesso à justiça e ao Judiciário, pela dispensa de uma exigência acessória.

Palavras-chave: Procuração pública. Analfabeto.

Desnecessidade. Acesso à justiça. Soluções alternativas.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Apesar da ausência de determinação legal, tratando-se, pois, de uma construção jurisprudencial, é pacífico nos tribunais brasileiros o entendimento acerca da necessidade de procuração pública para a representação de analfabetos em processos judiciais. Tal entendimento se baseia (i) na segurança jurídica das relações a serem travadas por analfabetos, (ii) bem como na invalidade do instrumento particular “não assinado”, com fundamento no art. 654, do CC.¹

A despeito da consolidação dos juristas brasileiros há de se ter em mente alguns fatores coexistentes a esse pensamento, como a baixa escolaridade e o elevado índice de pobreza em nosso país, bem como o alto valor financeiro das procurações públicas.

Segundo a última Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio (Pnad), do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), divulgada em 2010², a taxa de analfabetismo no Brasil entre pessoas com 15 anos ou mais, apesar de ter sido reduzida de 13,3%, em 1999, para 9,7%, em 2009, ainda representa, atualmente, 14,1 milhões de analfabetos em nosso país. Além desta taxa, o mesmo estudo aponta que um em cada cinco brasileiros (20,3% da população) é analfabeto funcional. Assim, cerca de 30% da população brasileira não possui qualquer estudo, ou possui menos de quatro anos de estudo completos – conforme a definição de “analfabeto funcional” dada pela Unesco (2008, p.61).

Ainda neste quadro, o analfabetismo e a pobreza se materializam numa estrutura de reforço mútuo, pois, enquanto o analfabetismo reproduz a pobreza – dado que os analfabetos são mão de obra desqualificada e por isso ficam à margem dos empregos bem remunerados, que exigem um mínimo de qualificação – a pobreza é fator que obstaculiza a alfabetização, ao restringir as oportunidades e meios de acesso à educação e outros direitos fundamentais.

¹ Art. 654, *caput*: “Todas as pessoas capazes são aptas para dar procuração mediante instrumento particular, que valerá desde que tenha a assinatura do outorgante.”

² Documento *online* não paginado.



Assim, se o indivíduo for analfabeto, suas chances de ser pobre são muito altas.

Outro fator simultâneo à exigência de procuração pública para analfabetos, além dos altos índices de analfabetismo e de pobreza, é o valor das procurações públicas nos cartórios de registros públicos brasileiros que em média custam mais de R\$ 40,00 (quarenta reais) e, em alguns estados, podem chegar a custar entre R\$ 60,00 (sessenta reais) e R\$ 70,00 (setenta reais), como ocorre no Maranhão, no Pará e no Paraná, conforme os anexos atualizados das respectivas Leis Estaduais de Custas e Emolumentos desses Estados-membros de n. 9.109/2009, n. 6.094/1997 e n. 6.149/1970.

Assim, associando-se o alto índice de analfabetismo à alta incidência da taxa de pobreza entre os não escolarizados, à necessidade de procuração pública para analfabetos ajuizarem processos judiciais e, ainda, ao valor das procurações públicas, temos uma forma de bloqueio ao acesso à justiça imposta pelo próprio Judiciário.

Tomando por consectário essa construção lógica, o presente trabalho vem esclarecer a incoerência da necessidade de procuração pública para analfabetos no Judiciário brasileiro, justamente pela contraposição ao princípio do acesso à justiça, inscrito no art. 5º, XXXV, da Magna Carta brasileira.

Após essa reflexão, o estudo será dirigido à análise de um precedente do CNJ, que entende pela desnecessidade da procuração pública, e sua afinidade com a justiça do trabalho e com os juizados especiais.

2 O ACESSO À JUSTIÇA E SUAS FORMAS DE BLOQUEIO NA PERSPECTIVA DE MAURO CAPPELLETTI

Tem sido amplamente festejado no âmbito jurídico o princípio constitucional do acesso à justiça, apesar da dificuldade de sua conceituação, há muito, Mauro Cappelletti (2002, p. 8) já reconhecia a utilidade da expressão “acesso à justiça” para definir duas finalidades que dela decorrem: (i) a igualdade de acessibilidade a todos; e, (ii) a produção de resultados individual e socialmente justos. A partir daí, em uma visão simplista, tem-se que o princípio se trata da garantia de acesso e amparo pelo Poder Judiciário (no viés do acesso ao Judiciário) e a uma ordem jurídica e social justa (acesso à justiça *lato sensu*).

A obra *Acesso à Justiça* de Mauro Cappelletti e Bryant Garth (2002, p. 9-13) traz uma breve evolução do conceito teórico do acesso à justiça, que tem início nos séculos XVIII e XIX, nos Estados liberais burgueses, quando o acesso à proteção judicial se limitava ao direito formal do indivíduo de propor



ou de contestar uma ação, que à época era considerado um direito natural e, por isso, não demandava qualquer intervenção estatal. Os autores asseveram que essa mentalidade, individualista e alheia à realidade, foi mantida até o início do desenvolvimento das sociedades, que foram assumindo um caráter mais coletivo e reconhecendo os direitos e deveres sociais do Estado e dos indivíduos, fazendo surgir os novos direitos humanos, como o direito ao trabalho, à saúde, à segurança e à educação.

Contudo, quando se verificou que o *welfare state* armou os indivíduos de direitos – enquanto consumidores, trabalhadores, locatários e, mesmo, cidadãos – sem, no entanto, ter lhes ofertado mecanismos para sua efetiva reivindicação, deixando vazia a titularidade dessas prerrogativas, os holofotes foram transferidos para o direito ao acesso à justiça, que marcou a necessidade de uma atuação positiva do Estado para a efetivação desses novos direitos.

2.1 Os principais entraves ao acesso à justiça e as ondas renovatórias como soluções práticas a esses problemas

Para Cappelletti (2002, p. 8), o efetivo acesso à justiça significaria a possibilidade da composição de um litígio quando as partes estivessem em igualdade de condições, ou seja, quando o resultado do processo judicial dependesse apenas dos méritos jurídicos das partes, sem que outros fatores cotidianos interferissem na afirmação de um direito. Assim, percebeu-se que a efetividade desse princípio esbarra em obstáculos, tais quais as custas judiciais, as possibilidades das partes e os problemas especiais dos interesses difusos.

Não há dúvida de que o fator econômico é a mais elementar forma de barreira, pois impede que os menos abastados se utilizem do Judiciário, por não poderem arcar com as custas de um processo, que, além das custas judiciais, inclui os honorários advocatícios contratuais e sucumbenciais, além de outros valores necessários ao deslinde da questão (como, por exemplo, perícias e documentos). Cappelletti (2002, p. 17-19) assevera que, em qualquer sistema, a maior porção da despesa se consubstancia nos honorários advocatícios e que as pequenas causas são as mais prejudicadas, pois muitas vezes os custos com o processo superam o montante da controvérsia e até a vantagem com a sua vitória.

Depois, as *possibilidades das partes* são outro obstáculo que faz com que alguns litigantes gozem de uma gama de vantagens estratégicas, diante: (i) da existência de recursos financeiros, que permite o dispêndio de



verbas para litigar e apresentar argumentos mais convincentes, como ocorre com o custeio de uma perícia; (ii) da aptidão para reconhecer um direito e defendê-lo, principalmente quando o direito não for tradicional, o que não afeta somente os mais pobres, apesar de ser mais iminente em relação a eles; e, (iii) da habitualidade com que o litigante defende esse direito, pois a rotina empresta mais eficiência, que comumente é usada em face das pessoas comuns, os litigantes eventuais.

Por último, Cappelletti (2002, p.26-28) identifica como obstáculo os problemas dos interesses difusos, que se centram: (i) na questão da representação, pois, ou ninguém tem direito a corrigir a lesão ou o prêmio para quem buscar a correção é tão ínfimo que não o instiga a intentar a ação; (ii) na dificuldade de organização dos indivíduos; e, (iii) na recusa do Estado de qualquer ação privada nesse sentido, confiando-a exclusivamente à máquina estatal.

Acontece que a obra – fundamentada em estudos puramente empíricos – não se limitou a identificar os obstáculos de acesso à justiça, mas foi além e propôs um grande movimento de reforma, refletido no estudo do processo civil, tendo em vista que a tradicional manipulação de situações hipotéticas ocultava o modelo irreal de partes em igualdade de condições. Então, a partir de 1965, quase que cronologicamente, surgiram três posicionamentos para solucionar o problema, a partir da sugestão de mecanismos inovadores percebidos nos vários países que serviram de campo para a pesquisa.

A *primeira onda renovatória* consistiu em proporcionar assistência jurídica para os pobres, pois, antes dela, a assistência se baseava na atuação *múnus honorificum* dos advogados, em geral, mais inexperientes, sem qualquer atitude positiva do Estado, caracterizando um sistema ineficiente e insuficiente. Nesse cenário, surgiu o Sistema *Judicare*, mais restrito à Europa, e o modelo dos “escritórios de vizinhança” (*Office of Economic Opportunity*), nos EUA. No primeiro, o advogado particular contratado endereçava sua nota de honorários ao Estado, garantindo uma defesa de qualidade àqueles que não pudessem pagar por ela; enquanto no segundo, os escritórios eram mantidos pelo governo e localizados dentro das comunidades mais pobres, facilitando o contato e minimizando a barreira de classe. Depois, analisados os pontos centrais de cada modelo, foi desenvolvido um modelo misto que se espalhou pelo mundo.

Vale salientar que em países mais ricos a assistência gratuita era uma meta mais concreta, seja porque a demanda por assistência gratuita era



menor, diante dos baixos índices de pobreza, seja porque o Estado possuía mais recursos para custeá-la.

Visto que a primeira onda dirigia-se à representação dos interesses individuais dos mais pobres e, no máximo, à proteção dos mesmos enquanto classe, outros interesses difusos continuaram sendo ignorados, como o dos consumidores, o que se tornou base para outra onda de reformas. A *segunda onda* enfrentou o problema da representação dos interesses difusos, preocupando-se mais detidamente com o alargamento da legitimação ativa, com a identificação de representantes adequados e com a reformulação dos limites da coisa julgada, para que a decisão vinculasse todos os membros do grupo, tornando-a efetiva.

Em que pese a evolução trazida por essas duas reformas, elas foram limitadas, pois se preocuparam basicamente em encontrar mecanismos para representação de interesses, e os problemas de acesso não se resolvem com advogados apenas. Nesse prisma, surgiu a *terceira onda*, de alcance mais amplo, voltada ao conjunto de instituições, pessoas e procedimentos utilizados para processar e prevenir litígios, visando, sobretudo, à exploração de meios não jurisdicionais de realização da justiça, desmonopolizando o Estado.

Contudo, Cappelletti (2002, p. 164) adverte que embora o procedimento técnico formal não seja o mais adequado, ele é resultado de “muitos séculos de esforços para prevenir arbitrariedades e injustiças” e atende a algumas importantes funções. Por isso, é importante fazer a leitura de que esse sistema tende a se mostrar qualitativamente justo para as partes que não sofrem com as barreiras substanciais, e é nesse ponto que as reformas se encaixam, atacando esses obstáculos e proporcionando a todos o acesso à essa justiça de qualidade, ao invés de tornar a justiça acessível pelo seu sucateamento, pois não se pode permitir que a pressão por mudanças subverta os fundamentos de um procedimento justo.

2.2 Obstáculo ao acesso à justiça no âmbito específico da necessidade de procuração pública para analfabetos

Preocupa que tem sido deixado de observar que o fenômeno é muito mais social que dogmático, já que a aplicação do princípio em pauta deve ser contextualizada e baseada na análise de fatos advindos da sociedade – com os olhos na repercussão que um posicionamento jurídico pode refletir nessa mesma sociedade – ao invés de partir de análises isoladas e hipotéticas, tendo como premissa um mero dogma jurídico.



Tendo em mente todas as dificuldades já expostas em relação à dita necessidade, verifica-se que o entendimento majoritário dos tribunais, como há de se ver mais adiante em tópico específico, esbarra nos subprincípios da acessibilidade e da proporcionalidade – componentes do princípio do acesso à justiça, juntamente à operosidade e à utilidade –, quando, respectivamente, impede o sujeito de penetrar na malha da justiça e quando faz uma interpretação restritiva da norma, em detrimento dos princípios constitucionais de inafastabilidade do Poder Judiciário e do próprio acesso à justiça, que são mais valiosos. Dessa forma, se cria um obstáculo econômico à efetivação de um direito fundamental.

Nesse sentido, Ada Pellegrini et al. (2008, p. 40), em análise mais contemporânea, mas com o mesmo espírito que a de Cappelletti, assinala que o óbice à concretização do acesso à justiça é composto por quatro pontos sensíveis, dentre eles a *admissão ao processo*, e mostra que “é preciso eliminar as dificuldades econômicas que impeçam ou desanimem as pessoas de litigar ou dificultem o oferecimento de defesa adequada”, como um dos meios para neutralizar o entrave à consolidação do princípio.

Não deve haver qualquer dúvida de que a exigência de procuração pública para os analfabetos é mesmo um obstáculo econômico ao acesso à justiça, basta ter em mente as dificuldades diárias de sobrevivência pelas quais passam os mais desvalidos, que os impedem de ter acesso às necessidades mais básicas, quanto o mais de ter acesso ao Judiciário. Com o mesmo conceito, Boaventura de Souza Santos (*apud* FONTAINHA, 2009, p. 47-48) identifica que nos países ocidentais capitalistas “a justiça civil é mais cara para os cidadãos economicamente mais débeis, em sendo eles os protagonistas das ações de pequeno valor, o que configura uma dupla vitimização das classes populares face à administração da justiça”.

Apesar de o dispêndio com honorários advocatícios representar a maior porção da despesa, não é a única parcela, e todas as outras contribuem para o alargamento do abismo entre os mais abastados e os mais desfavorecidos, diminuindo as chances destes últimos utilizarem o processo formal como método de solução de litígios e quando dele se utilizarem terem chances mais reduzidas de vitória. Dessa forma, acaba-se por afastar a efetividade do acesso à justiça, que se compõe justamente em proporcionar igualdade de condições entre as partes, como já salientado.

É bem verdade que a lei n. 1.060/50 e o art. 134, da CF, que fundamenta a estruturação da carreira jurídica dos defensores públicos, mitigaram essa forma de bloqueio econômico ao garantir a assistência judiciária gratuita



àqueles que não pudessem arcar com as custas processuais, sem prejuízo próprio ou da família. Contudo, essa atenuação passa despercebida quando os próprios julgadores desencorajam o acesso ao Judiciário – talvez pelo excesso de serviço –, o que pode ser notado *pela criação de requisitos desnecessários e sequer previstos em lei, ou mesmo pela não utilização de meios alternativos para satisfação dessas condições, tendo em vista que elas tornam o processo de pequena monta inviável para o requerente, frente aos custos com a sua efetivação, ou, ainda, por serem simplesmente incompatíveis com as condições do indivíduo.*

Nessa linha, Fernando de Castro Fontainha (2009, p. 52) relembra os apontamentos de Capelletti, segundo o qual julgadores passivos apenas fazem contribuir para o obstáculo financeiro, e arremata o pensamento com uma situação prática, asseverando que “para um litigante hipossuficiente, um mero conjunto de certidões pode ser de impossível obtenção”.

Sendo assim, é de clareza solar que, mesmo uma procuração pública, que para muitos não representa um alto custo, para os hipossuficientes, economicamente falando, representa uma enorme parcela da sua fonte de renda – que às vezes pode até ser nenhuma –, transformando-se num obstáculo a um direito elementar e mínimo. Por isso, essa forma de bloqueio econômico pode não só impedir que o pobre tenha um ganho, mas também cercear um direito mínimo, reduzindo a sua dignidade enquanto pessoa humana.

Sobretudo, o argumento que alude à segurança jurídica do instrumento público pode ser desconstruído pela própria estrutura educacional brasileira, diante da figura do *analfabeto funcional*, haja vista que esse é capaz de desenhar sua assinatura numa procuração, que por sua vez é considerada legítima pelo Judiciário. Malgrado, pela própria característica de funcional, este tipo de analfabeto não é capaz de interpretar textos, ou, no caso, compreender os poderes inscritos na procuração, emprestando à procuração assinada por ele, a mesma insegurança que à procuração assinada por um analfabeto elementar, sendo que a primeira possui validade perante o Judiciário e a segunda não.

Destarte, não restam dúvidas de que deve partir do Judiciário a iniciativa de reverter o quadro de dificuldades à materialização do acesso à justiça, *lato sensu e stricto sensu*, a partir da mudança de pequenos paradigmas como o da necessidade de procuração pública para representação processual de analfabetos.



3 DECISÃO DO CNJ

De maneira inovadora, em 2010, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) proferiu decisão em procedimento de controle administrativo, posicionando-se pela desnecessidade do instrumento público para legitimidade da procuração outorgada por analfabeto.

No caso, a primeira parte do art. 76, do Provimento n. 05/2005³, do Tribunal Regional do Trabalho (TRT) da 20ª Região, estipulava a obrigatoriedade de procuração pública para representação processual de analfabetos junto à Justiça do Trabalho, sob o fundamento de proteção do analfabeto.

Apesar disso, foi instaurado processo administrativo a requerimento do promotor André Luis Alves de Melo em face do referido tribunal, argumentando que a procuração pública possui um custo muito alto e que a sua exigência contraria o art. 38, do CPC⁴, bem como o art. 692, do CC⁵. O promotor expôs, ainda, que o mais coerente seria a aplicação do art. 595, do CC⁶, que trata do contrato de prestação de serviços e permite a utilização da assinatura a rogo da parte analfabeta, desde que subscrito por duas testemunhas.

O CNJ acolheu os argumentos do promotor e em sua fundamentação partiu para uma comparação lógica entre o contrato de prestação de serviços e o mandato judicial, ressaltando que se o contrato firmado por pessoa analfabeta assinado a rogo e subscrito por duas testemunhas é válido e eficaz, tanto mais o é “uma procuração para atuação junto à Justiça do Trabalho, em processo judicial, sob a direção do Estado-juiz em que é dispensável a presença de causídico na primeira instância, dado que as partes nessa fase

³ Art. 76, do Provimento 05/2004, do TRT da 20ª Região: “a validade de mandatos outorgados a analfabetos depende de instrumento público que deverá conter a impressão digital e assinatura a rogo, sendo aceito também mandato *apud acta*.”

⁴ Art. 38, CPC: “A procuração geral para o foro, conferida por instrumento público, ou particular assinado pela parte, habilita o advogado a praticar todos os atos do processo, salvo para receber citação inicial, confessar, reconhecer a procedência do pedido, transigir, desistir, renunciar ao direito sobre que se funda a ação, receber, dar quitação e firmar compromisso.”

⁵ Art. 692, CC: “O mandato judicial fica subordinado às normas que lhe dizem respeito, constantes da legislação processual, e, supletivamente, às estabelecidas neste Código.”

⁶ Art. 595, CC: “No contrato de prestação de serviço, quando qualquer das partes não souber ler, nem escrever, o instrumento poderá ser assinado a rogo e subscrito por duas testemunhas.”



têm *ius postulandi* assegurado pelo artigo 791 da CLT⁷.

Por fim, a decisão do CNJ julgou o ato do TRT da 20ª Região descomedido, haja vista ser aplicável, por analogia, nesses casos o art. 595, do CC, que permite a prática do ato jurídico de forma menos onerosa à parte.

3.1 Alcance normativo das decisões do CNJ

Malgrado, apesar de representar um precedente jurídico, a decisão do CNJ não possui alcance normativo e vincula somente o TRT da 20ª Região, em conformidade com o art. 103-B, §4º, II, da CF⁸, tendo em vista que o CNJ entendeu pela ilegalidade do ato administrativo do tribunal e fixou prazo para sua modificação e fiel cumprimento da lei.

Memoravelmente, o CNJ surgiu com a EC n. 45/2004 como órgão de controle externo do Poder Judiciário, com vistas a dar mais transparência, menos hermeticidade e controlar o corporativismo nesse poder. O seu nascimento foi polêmico e gerou até mesmo a ADI n. 3.367, proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros, que resultou na convalidação da constitucionalidade desse órgão, sob o fundamento de que o Conselho não violaria a autonomia do Judiciário e tampouco feriria o princípio da separação dos poderes.

Passado o tempo, o foco foi deslocado para as competências deste órgão, seus limites e adequação ao ordenamento, principalmente em relação à sua função normativa, inserida pelo inciso I, do §4º, do art. 103-B⁹. Diante do vácuo constitucional e da ausência de outras disposições legais que limitassem essa função regulamentar, o assunto gerou controvérsias, mormente após a Resolução n. 7/2005 (anti-nepotismo), quando o aspecto normativo teve o respaldo do STF, na ADC n. 12, que considerou constitucional a resolução, visto que ela tem como mera *“finalidade debulhar os próprios conteúdos lógicos dos*

⁷ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Processo administrativo n. 0001464-74.2009.2.00.0000. Rel. Leomar Barros Amorim de Sousa. j. 06/04/2010.

⁸ Art. 103-B, §4º, II, da CF: “zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União.”

⁹ Art. 103-B, §4º, I, da CF: “zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências.”



princípios constitucionais de centrada regência de toda a atividade administrativa do Estado, especialmente o da impessoalidade, o da eficiência, o da igualdade e o da moralidade”, conforme o voto do iminente relator Ministro Carlos Ayres Britto.

No entanto, essa tendência foi retraída pela ADI 3.823/DF, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia, que declarou a inconstitucionalidade da Resolução n. 24/2006, entendendo na oportunidade que essa característica normativa era indevida. No caso, através desta resolução, o Conselho revogou o que havia disposto anteriormente no art. 2º, da Resolução n. 03/2005¹⁰, indo de encontro ao teor do inciso XII, do art. 93, da CF¹¹, introduzido pela EC n. 45/2004.

No contexto em que foi expedida, a resolução serviu de justificativa para aqueles que opuseram resistência ao mandamento constitucional que veda as férias coletivas do Judiciário. Nisso, a Ministra Relatora (i) “aduziu que a revogação do art. 2º da Resolução nº 3/2005, pelo art. 1º da Resolução nº 24/2006, não tinha consequências jurídicas substanciais, pois seria incapaz de destituir a norma constitucional proibitiva de férias coletivas” (PEDRAZOLLI, 2011, p. 67), além de ressaltar (ii) que a revogação levaria à suposição de que o CNJ admitiria justificativas ao descumprimento da norma constitucional, como, também, (iii) que independentemente da conveniência ou não da modificação do texto constitucional, tal apreciação deveria ser feita pelo Congresso Nacional, conforme o procedimento legislativo do art. 60, da CF, e, ainda, (iv) afirma não encontrar no art. 103-B, §4º, base para que o CNJ expedisse norma sobre o direito dos magistrados, tampouco admitir o gozo de férias coletivas dos mesmos.

Streck, Sarlet e Clève¹² possuem entendimento semelhante, pois do contrário, se entenderia a tese de que o constituinte derivado teria delegado ao CNJ a permissão para transgredir os princípios da reserva legal e da reserva de jurisdição. Expandindo esse entendimento, os autores salientam também que o que distingue a lei de outros atos é a forma e, por isso, “uma resolução não pode

¹⁰ Art. 2º, Resolução n. 03/2005, CNJ: “Cientificar os Tribunais que serão inadmissíveis quaisquer justificativas relativas a período futuro, ficando definitivamente extintas as férias coletivas, nos termos fixados na Constituição.”

¹¹ Art. 93, XII, da CF: “Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: (...) XII – a atividade jurisdicional será ininterrupta, sendo vedado férias coletivas nos juízos e tribunais de segundo grau, funcionando, nos dias em que não houver expediente forense normal, juízes em plantão permanente.”

¹² Documento *online* não datado e não paginado.



estar na mesma hierarquia de uma lei, pela simples razão de que a lei emana do Poder Legislativo, essência da democracia representativa, enquanto os atos regulamentares ficam restritos à matérias com menor amplitude normativa”, aplicando-se, então, às situações concretas surgidas no exercício da atividade jurisdicional, no caso do CNJ, já que não se pode expedir regulamentos com caráter geral e abstrato, tampouco que tenham poder de ingerência sobre os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos.

Não sendo as limitações constitucionais ao poder normativo do CNJ o objeto deste trabalho, repise-se apenas que o entendimento atual é o de que as decisões do CNJ não possuem caráter normativo, nem mesmo as Resoluções, posto que vinculam os tribunais somente em relação aos seus atos administrativos.

3.2 Maior identificação com a Justiça do Trabalho e com o Juizado Especial

Como chegou a explicitar o relator da decisão do CNJ, é favorável à desnecessidade de procuração pública o fato de, em algumas situações, terem capacidade postulatória na primeira instância o advogado e a própria parte.

Nos casos especificados em lei, àqueles que tiverem legitimidade para ser parte e legitimidade processual, é dado também o *ius postulandi*, como sendo a capacidade técnica que “somente é exigida para a prática de alguns atos processuais, os postulatórios (pelos quais se solicita do Estado-juiz alguma providência)” (DIDIER JR., 2011, p. 244, v. 1).

Assim, conceituado o instituto da capacidade postulatória, Didier (2011, p. 244, v.1) reconhece que têm capacidade postulatória (i) os advogados regularmente inscritos na OAB, (ii) os membros do Ministério Público e (iii) *as própria partes nos casos do art. 36, do CPC¹³, dos Juizados Especiais Cíveis, das causas trabalhistas e do habeas corpus*.

Desse modo a capacidade postulatória da parte para a primeira instância é preceito ordinário tanto à Justiça do Trabalho quanto aos Juizados Especiais, o que implica reconhecer que, nesses casos, se é dado à parte postular sem advogado, quanto o mais se for assistido, independentemente

¹³ Art. 36, CPC: “A parte será representada em juízo por advogado legalmente habilitado. Ser-lhe-á lícito, no entanto, postular em causa própria, quando tiver habilitação legal ou, não a tendo, no caso de falta de advogado no lugar ou recusa ou impedimento dos que houver.”



do instrumento de procuração ser particular, haja vista que a assistência técnica somente trará benefícios ao direito do pleiteante. Vale ressaltar que, contraditoriamente, a exigência de representação processual para a segunda instância vem a embaraçar um direito fundamental já alcançado anteriormente, qual seja, o acesso à justiça, tão exposto e exaltado até o momento.

Nada obstante, cabe lembrar também a possível identificação da dispensa de instrumento público de procuração para os assistidos da Defensoria Pública. Para entender essa identificação, deve-se ter em mente que a Defensoria é uma instituição pública, que conta com a fé pública e atua em prol dos necessitados. Não bastassem esses critérios objetivos, basta lembrar que a Defensoria está inscrita no art. 5º, LXXIV, da CF, como uma instituição essencial à função jurisdicional do Estado, que visa à inclusão jurídica dos econômica e culturalmente hipossuficientes, o que faz dispensar qualquer cuidado por parte do Judiciário quanto à segurança jurídica dessa representação. Doutro modo, exigir que a representação processual de analfabeto, assistido pela Defensoria Pública, seja feita por instrumento público é desacreditar da legitimidade social dessa abalizada instituição.

Assim, podemos verificar que alguns modelos e instituições jurisdicionais são vias abertas e seguras para a introdução de um novo entendimento no Judiciário, no que tange à aceitação de instrumento particular para representação processual de analfabetos.

4 A ABERTURA DE PRECEDENTE E O COMPORTAMENTO DOS TRIBUNAIS

Apesar de os tribunais superiores ainda não terem tido recentemente a oportunidade de se manifestar sobre o entendimento esposado pelo CNJ, percebe-se que esparsamente alguns tribunais vêm abandonando a estrutura rígida e calcada na letra fria da lei, para se pautarem na valoração dos princípios, mormente os constitucionais.

No caso, é de fácil constatação que, ainda hoje, majoritariamente os tribunais entendem pela invalidade da representação processual dos analfabetos por instrumento particular, como ocorre, por exemplo, com o Superior Tribunal de Justiça (STJ)¹⁴, com o Tribunal Superior do Trabalho (TST)¹⁵,

¹⁴ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ExeMS 8006. Terceira Seção. Relatora Ministra Laurita Vaz. j. 21/06/2010. Dj. 02/08/2010.

¹⁵ TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. AIRR-1341/2000-231-04-40.8. Primeira Turma.



com os Tribunais Regionais Federais da 1ª Região (TRF-1)¹⁶ e da 5ª Região (TRF-5)¹⁷ e com os mais diversos Tribunais de Justiça do país, como o de São Paulo (TJSP)¹⁸ e o do Rio Grande do Sul (TJRS)¹⁹.

Nada obstante, antes mesmo do pronunciamento do CNJ já podiam ser encontrados julgados divergentes dessa corrente dominante, um deles proferido pelo próprio STJ²⁰, ainda em 2009, no qual o Ministro Arnaldo Esteves Lima, perspicazmente entendeu que não padecia de eficácia a procuração outorgada por analfabeto, haja vista que esta condição não lhe retirava a capacidade para os atos da vida civil, nos termos dos arts. 3º e 4º, do CC.

Sobremaneira, mais avançado se mostrou o Tribunal Regional Federal da 3ª Região (TRF-3), que já em 2006²¹ aplicava o princípio da razoabilidade no assunto, pois, apesar de entender pela necessidade do instrumento público para representação de analfabetos, também compreendia que a eventual irregularidade poderia ser sanada pelo comparecimento da parte autora acompanhada de seu advogado à audiência de instrução, ratificando o ato praticado. Nesse diapasão, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região²², adotou posicionamento idêntico em 2012, ressaltando, por sua vez, a necessidade de constar em ata o comparecimento do autor e de seu advogado e a restrição da outorga aos atos compreendidos pela cláusula *ad judicium*. Sem embargo, o progressismo do TRF-3 não parou por aí, recentemente, em 2013²³, o mesmo

Relator Ministro Waldir Oliveira da Costa. j. 17/09/2008.

¹⁶ TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. AC 39627020074019199 MG 0003962-70.2007.4.01.9199. Segunda Turma. Relator Desembargador Francisco de Assis Betti. j. 08/05/2013. Dj. 12/06/2013.

¹⁷ TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO. REEX 107873420134059999. Quarta Turma. Relator Desembargador Emiliano Zapata Leitão. j. 21/01/2014. Dj. 23/01/2014.

¹⁸ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. APL 992080457567 SP. Trigesima Quinta Câmara de Direito Privado. Relator Desembargador Clóvis Castelo. j. 12/04/2010. Dj. 16/04/2010.

¹⁹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. AC 70052333341 RS. Décima Nona Câmara Cível. Relator Desembargador Eduardo João Lima Costa. j. 12/03/2013. Dj. 15/03/2013.

²⁰ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Resp. 1.111.676 – PB (2009/0029834-9). Quinta Turma. Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima. j. 19/11/2009.

²¹ TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO. AC: 47703 SP 2005.03.99.047703-0. Nona Turma. Relator Juiz Santos Neves. j. 10/04/2006. Dj. 27/07/2006.

²² TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. AC 12175 MG 0012175-89.2012.4.01.9199. Primeira Turma. Relator Desembargador Néviton Guedes. j. 16/05/2012. Dj. 31/05/2012.

²³ TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO. AC 0004808-48.2013.4.03.9999/SP. Décima Turma. Relator Desembargador Baptista Pereira. Aguardando julgamento.



tribunal já despachou em Apelação Cível, fazendo menção à orientação do colendo CNJ e determinando a regularização da representação da parte analfabeta, nos termos do art. 595, do CC, oportunizando que a procuração *ad judicia* fosse assinada a rogo e subscrita por duas testemunhas.

Sendo assim, tem-se que as decisões divergentes são fruto da própria estrutura do Judiciário brasileiro e, por isso, não há de se esperar uma jurisprudência consolidada e uniforme num mesmo sentido, mormente quando surgem novas tendências que se tornam o ideal de alguns juristas, enquanto são repudiadas por outros.

5 CONCLUSÕES

Vista a inexistência de proibição legal expressa à procuração particular para o exercício do contrato de mandato para representação de analfabeto, somada ao alto custo da confecção de uma procuração pública, concluiu-se pela criação de um obstáculo econômico ao acesso à justiça, partindo do próprio Poder Judiciário, quando o mesmo exige que tal representação se faça por instrumento público.

A reflexão acerca da invalidade desse posicionamento jurídico se fez com a finalidade prática de contribuir para a formação de um novo entendimento sobre o tema, participando da germinação de uma corrente que visa a ampliação do acesso à justiça e ao Judiciário, através da dispensa do instrumento público para representação dos analfabetos.

Esse novo entendimento, como foi explicitado ao longo do trabalho, possui precedente jurídico vanguardista em processo administrativo julgado pelo CNJ, mas que é desacompanhado de força normativa e vincula somente o TRT da 20ª Região.

Não obstante o já exposto, é possível analisar criticamente a questão, e não apenas divagar sobre a (in)coerência do entendimento majoritário acerca da necessidade da procuração pública, sendo, pois, concebível esboçar proposições de solução da questão.

Em que pese a clara urgência de promoção do acesso à justiça, é palpável o conflito que se forma entre o princípio constitucional e a necessidade de proteção e segurança jurídica, por isso é imprescindível a adoção de solução que promova a segurança jurídica do instrumento de representação do analfabeto sem que, ao mesmo tempo, tolha-se o acesso à justiça, tendo em vista que é desaconselhável a mera eliminação de sua



obrigatoriedade, devido à peculiaridade da necessidade de proteção daqueles que não correspondem ao padrão do homem médio.

A *primeira* dessas propostas é aquela que já possui precedente de aplicação no TRT da 20ª Região, qual seja a analogia ao art. 595, do CC, encampada pelo promotor André Luis Alves de Melo. A solução é extremamente válida, principalmente pela similitude entre o contrato de prestação de serviços e o de mandato, sem embargo deste último estar sob a cautela do Poder Judiciário.

Uma *segunda* alternativa está em possibilitar que a legitimação da procuração particular seja realizada por serventuário do próprio cartório judiciário, cujos atos têm tanta presunção de veracidade quanto os do Oficial de Registro Civil. Nessa perspectiva, seria possível a aplicação, por analogia, do art. 37, do CPC²⁴, para que a demanda fosse ajuizada sem o instrumento de mandato, se comprometendo o advogado a comparecer ao cartório judiciário, junto com a parte autora, no prazo de 15 (quinze) dias, para que a própria secretaria colhesse a impressão digital no instrumento particular e emitisse uma certidão acerca da legitimidade do ato. Registre-se que a usualidade da assinatura a rogo em audiências atesta a possibilidade de se dar legitimidade a um ato jurídico perante o juízo.

A *terceira* alternativa é, porém, pouco mais burocrática e assenta-se na possibilidade de a parte autora se utilizar também da analogia do art. 37, do CPC, desta vez, porém, requerendo ao juiz que determine ao Ofício de Notas a emissão gratuita da procuração, devendo tal pedido ser apreciado no mesmo instante que o pedido de Justiça Gratuita, quando o juiz tem a oportunidade de analisar a precariedade financeira do interessado.

A *quarta* alternativa se mostra bem simples e se firma em tornar gratuita a procuração pública para analfabetos. Porém, a simplicidade da solução é apenas superficial, pois seria ela a de mais difícil concretização, devido à necessidade de intervenção legislativa e à provável formação de um *lobby* por parte dos cartórios, com a retirada das custas em favor do interessado. Destarte, seria uma hipótese viável, mas sem qualquer perspectiva

²⁴ Art. 37, CPC: “Sem instrumento de mandato, o advogado não será admitido a procurar em juízo. Poderá, todavia, em nome da parte, intentar ação, a fim de evitar decadência ou prescrição, bem como intervir, no processo, para praticar atos reputados urgentes. Nestes casos, o advogado se obrigará, independentemente de caução, a exhibir o instrumento de mandato no prazo de 15 (quinze) dias, prorrogável até outros 15 (quinze), por despacho do juiz.”



de materialização imediata.

Ao final de tudo, almeja-se a mudança da visão engessada daqueles representantes do Poder Judiciário, que, fundados em dogmas jurídicos, não compreendem o prejuízo que causam ao acesso à justiça, princípio consagrado por eles mesmo como direito fundamental.

REFERÊNCIAS

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 13. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2011, v. 1.

FONTAINHA, Fernando de Castro. **Acesso à justiça**: da contribuição de Mauro Capelletti à realidade brasileira. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

IBGE. **Síntese de indicadores sociais**: uma análise das condições de vida da população brasileira. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaodevida/indicadoresminimos/sinteseindicais2010/SIS_2010.pdf>. Acesso em: 27 jul 2013.

PEDRAZZOLI, Marcela Gaspar. **Qual papel o Supremo Tribunal Federal tem desempenhado no controle da dinâmica normativa do Conselho Nacional de Justiça?** 2011. 205 f. Originalmente apresentada como monografia, Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público, São Paulo, 2011. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/178_Monografia_Marcela_STF_CNJ.pdf>. Acesso em: 26 abr 2014.



STRECK, Lênio Luiz; SARLET, Ingo Wolfgang et al. **Os limites constitucionais das resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP)**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/os-limites-constitucionais-das-resolu%C3%A7%C3%B5es-do-conselho-nacional-de-justi%C3%A7a-cnj-e-conselho-na>>. Acesso em: 27 abr 2014.

UNESCO. **Alfabetização de jovens e adultos no Brasil**: lições da prática. 2008. Brasília. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0016/001626/162640por.pdf>>. Acesso em: 19 jul 2013.

THE NEED OF PUBLIC PROCUREMENT PROCESS FOR REPRESENTATION OF ILLITERATES AND CONSEQUENTIAL OBSTACLE TO ACCESS TO JUSTICE

ABSTRACT

Verified that doesn't exist absent express statutory to representation of illiterates by public instrument, and in most cases the low level of education is related to low economic and social level of the person, was seen the existence of an economic obstacle to access to justice, on the extent that conditions discourages demands to the judiciary by those who meet the conditions of poverty and illiteracy. Through analysis of a precedent, this paper develops the idea of unnecessary public proxy for representing illiterate, bringing alternative solutions that ensure legal security and promoting access to justice, without transferring the burden to the grantor. With this, the claim is Article join the germination of a chain that aims to increase access to justice and the judiciary, by dispensing a requirement accessory.

Keywords: Public proxy. Illiterate. Unnecessary. Access to justice. Workarounds.



ASPECTOS FALHOS DOS MECANISMOS DE IMPLEMENTAÇÃO DE DECISÕES NO SISTEMA DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS DA OMC

Thiago de Lucena Motta

Acadêmico do 7º período do Curso de Direito da UFRN

RESUMO

O presente artigo tem o objetivo de analisar criticamente o hodierno modelo de implementação de decisões do Sistema de Solução de Controvérsias da OMC, estudando seus dois instrumentos: a compensação e a retaliação. Para tanto, examina os aspectos gerais e o procedimento de aplicação de cada um deles, com base nas normas da Organização. Em seguida, são expostas as falhas dessas medidas, valendo-se de casos julgados pelo Órgão de Solução de Controvérsias da OMC e da produção doutrinária nacional e, especialmente, internacional. Investiga algumas soluções propostas pela comunidade acadêmica para a solução dos problemas apontados, destacando seus pontos positivos e negativos. Conclui que a sistemática atual dos mecanismos estudados constitui um entrave para uma maior eficácia no Sistema de Solução de Controvérsias, necessitando de aprimoramentos.

Palavras-chave: Organização Mundial do Comércio. Sistema de Solução de Controvérsias. Efetividade. Compensação. Retaliação.

1 INTRODUÇÃO

O Sistema de Solução de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio (OMC) representou, sem dúvida, uma enorme evolução em relação a seu antecessor da era GATT. A definição de limites temporais para cada fase do procedimento e a adoção automática das decisões, dentre outras numerosas mudanças, criaram um sistema mais estável e juridicamente seguro. O novo esquema, todavia, não é completamente blindado contra imperfeições. Como se procurará demonstrar abaixo, os mecanismos de implementação de suas decisões são profundamente falhos e pouco capazes de induzir obediência por parte do membro derrotado.

Apesar de largamente disciplinados pelo Entendimento Sobre Solução de Controvérsias (ESC)¹, tais mecanismos – quais sejam, a retaliação e a compensação – têm sua efetividade condicionada ao poder econômico do Estado vencedor e à boa vontade do vencido. A estrutura mais legalista do ESC contribuiu enormemente para melhorar diversos aspectos defeituosos do modelo do GATT. Entretanto, ela não foi capaz de sobrepujar o caráter essencialmente autoimpositivo das sanções processuais que prevê.

A implementação dos regulamentos da OMC e das decisões proferidas por seu Órgão de Solução de Controvérsias (OSC) é de importância fundamental para o funcionamento de toda a Organização. Compreender as falhas do modelo atual é, portanto, uma tarefa crucial a ser empreendida por quem busca uma visão completa do direito internacional econômico.

2 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE OS MECANISMOS DE IMPLEMENTAÇÃO DE DECISÕES

Quando um litígio entre membros da OMC é julgado pelo Órgão de Solução de Controvérsias (OSC) de forma definitiva, surge a questão de como tornar efetivo o pronunciamento emitido. Como bem se sabe, as normas de direito internacional são de coercibilidade no mínimo mitigada, de modo que as técnicas processuais executivas a serem utilizadas em disputas jurídicas

¹ Entendimento Relativo às Normas e Procedimentos sobre Solução de Controvérsias, anexo 2 do Tratado de Marrakesh – Acordo Constitutivo da Organização Mundial do Comércio, assinado em 15 de abril de 1994.



entre Estados devem adequar-se a essa peculiaridade.

O principal objetivo dos remédios processuais do Sistema de Solução de Controvérsias da OMC é conferir executividade às decisões proferidas pelo OSC, fazendo com que membros relapsos quanto a suas obrigações internacionais passem a cumpri-las. Sua finalidade principal é, portanto, compelir o Estado faltoso a recuar de sua posição violadora e agir de acordo com as regras da Organização (AMARAL JÚNIOR, 2008, p. 383).

Os dois principais remédios previstos pelo sistema são a suspensão de concessões, mais comumente referida como retaliação, e a compensação. Previstos no art. 22.1 do ESC, ambos compartilham do aspecto da temporariedade, já que sua aplicação deve se restringir ao período de tempo necessário para levar o membro contra quem são impostos a agir de acordo com a decisão proferida pelo OSC (MAVROIDIS, 2000, p. 800). Ademais, conforme assevera o mesmo art. 22.1, o recurso a qualquer das duas medidas só deverá feito quando o Estado vencido no litígio se negar a seguir, no prazo determinado, os comandos da decisão. Consumando-se essa situação, a parte vencedora poderá fazer uso dos mecanismos de implementação previstos no tratado, na forma por ele disciplinada e abaixo exposta.

2.1 A compensação pelos danos sofridos

A compensação consiste no oferecimento (temporário) ao vencedor, por parte do Estado vencido no litígio, de determinadas vantagens comerciais, com o intuito de suavizar os efeitos negativos impostos pelo seu comportamento violador das normas da OMC (LEE, 2009, p. 30). Tem, portanto, natureza voluntária e negocial, uma vez que é determinada pelas partes envolvidas na disputa. Krzysztof Pelc (2009, p. 2) corretamente destaca que o fundamento jurídico da compensação é o instituto contratual da *efficient breach*. Elaborado no direito anglo-saxônico, consiste no dever de indenizar quando uma das partes preferir pagar quantia em dinheiro a satisfazer uma prestação pactuada. Assemelha-se, em linhas gerais, à conversão da obrigação em perdas e danos do direito pátrio.

A compensação pode ser utilizada sempre que o membro derrotado se negar a implementar a decisão proferida pelo painel² ou Órgão de Apelação³

² O painel é o órgão de primeira instância no Sistema de Solução Controvérsias, formado geralmente por três especialistas *ad hoc*.

³ O Órgão de Apelação é o responsável pela decisão de apelações interpostas contra



do OSC no prazo assinalado (ESC, art. 22.2), é preferível à aplicação da retaliação – sanção de caráter mais gravoso. Em verdade, o ESC estabelece que a suspensão de concessões somente será autorizada quando restarem infrutíferas as tratativas para fixação de compensação.

Impende destacar que, consistindo no levantamento de barreiras comerciais, o mecanismo em questão deve observar o princípio da nação mais favorecida, previsto no art. 1º do GATT/94⁴. Este dispositivo determina que os países membros da OMC não poderão, em geral, estabelecer tratamentos diferenciados entre si⁵. Dessa forma, sempre que uma concessão for feita a determinado Estado, a mesma será estendida aos demais. É, na lição de Celso de Mello (2004, p. 179), expressão da igualdade no tratamento dos agentes econômicos internacionais. Por conseguinte, quando o país perdedor de um litígio oferece compensação através do levantamento de barreiras comerciais ao país vencedor, a medida aproveitará aos demais membros da OMC – elevando, portanto, os custos de utilização do mecanismo.

O ESC não trata explicitamente da compensação monetária, mas já foi reconhecida sua viabilidade em um caso julgado pelo OSC⁶. O valor a ser pago pelo Estado vencido, a pedido das partes, foi fixado pelo próprio painel que julgou o mérito da disputa. Saliente-se que o princípio da nação mais favorecida, por óbvio, não incide nessa espécie de compensação.

2.2 A suspensão temporária de concessões

Uma vez frustradas as tentativas de acordo quanto à compensação (nos 20 dias subsequentes ao prazo fixado pelo painel para que o vencido obedeça à decisão proferida), o art. 22.2 do ESC abre ao Estado vencedor a prerrogativa de requerer a autorização para retaliação.

Essa medida consiste na suspensão temporária de concessões comerciais previstas em acordos integrantes do sistema OMC contra o membro perdedor de uma disputa, com o intuito de estimulá-lo, através do custo

decisões dos painéis, exercendo jurisdição em segunda instância.

⁴ Acordo Geral de Tarifas e Comércio, anexo 1A do Tratado de Marrakesh – Acordo Constitutivo da Organização Mundial do Comércio, assinado em 15 de abril de 1994.

⁵ Com a exceção, por exemplo, do tratamento especial destinado a países em desenvolvimento.

⁶ ÓRGÃO DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS DA OMC. *DS 160: United States – Copyright Act*. Decisão do Painel. j. 15/06/2000.



criado pelas barreiras econômicas impostas, a aquiescer à decisão do OSC (MAVROIDIS, 2000, p. 800).

Conforme o art. 22.4 do ESC, o valor total sobre o qual será autorizada a retaliação “deverá ser equivalente ao grau de anulação ou prejuízo” causado pelas violações perpetradas pelo réu, sendo tal quantia calculada prospectivamente. Isto é, os danos oriundos do comportamento ilícito do vencido que já tenham ocorrido não entrarão no cálculo do “grau de anulação ou prejuízo” a que se refere o supracitado dispositivo⁷.

A retaliação deverá ser praticada, de preferência, no mesmo setor econômico cujas normas o Estado réu descumpriu, a não ser que o tratado que o disciplina proíba a suspensão de concessões (ESC, arts. 22.3(a) e 22.5). Outrossim, o texto normativo também contempla a hipótese de retaliação cruzada, em que o vencedor poderá exercer seu direito em setor diverso daquele em que se consumou a violação, ou mesmo em setor regulado por outro acordo. O art. 22.3, itens (b) e (c) do ESC, prevê tais possibilidades quando a suspensão de concessões for ineficaz ou impraticável no mesmo setor econômico ou no mesmo acordo. Neste último caso, o art. 22.3(c) ainda exige que as circunstâncias do caso sejam “suficientemente graves”, conceito jurídico indeterminado que tem seu sentido fixado de forma casuística. A jurisprudência do OSC tem se mostrado mais receptiva na autorização para retaliação em acordos diferentes quando países subdesenvolvidos a praticam contra países desenvolvidos⁸. Dessa maneira, aumenta-se a capacidade real dos primeiros de conferir alguma efetividade à sanção imposta, já que poderão retaliar em setor econômico mais sensível para o réu.

Se este discordar do nível da suspensão de concessões, ou crer que regras procedimentais foram violadas, poderá impugnar a decisão que autorizou a retaliação, conforme o art 22.6 do ESC. A questão será, então, submetida à arbitragem. O mesmo dispositivo legal em questão atribui efeito suspensivo à impugnação, já que nenhuma concessão poderá ser suprimida enquanto durar o procedimento arbitral.

Esses são os aspectos gerais da retaliação⁹, que formam a base teórica necessária para o entedimento da matéria.

⁷ O tema sera retomado no tópico 4.2, *infra*, quando serão tecidas as devidas críticas.

⁸ Veja-se, por exemplo: ÓRGÃO DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS DA OMC. *DS 267: United States – Subsidies on Upland Cotton*. Painel arbitral. j. 31/08/2009.

⁹ Há, ainda, outros, mas seu estudo fugiria ao escopo do presente artigo.



3 AS INADEQUAÇÕES NO MECANISMO DA COMPENSAÇÃO

Tendo analisado os delineamentos dos mecanismos de implementação das decisões do OSC, passa-se agora ao exame das suas múltiplas falhas, iniciando pelo regime da compensação – por ser o mais simples.

A primeira crítica que se pode tecer à medida em questão é a da sua falta de coercibilidade. Afinal, sendo a compensação resultado de negociações conduzidas entre as partes, não se pode considerar o seu oferecimento como obrigação jurídica internacional da parte perdedora. A proposta compensatória é, simplesmente, faculdade do Estado vencido, que pode ou não exercê-la – e, em geral, não o faz. Um estudo analisando os casos julgados pelo OSC até o ano de 2009, Lee (2009, p. 31 e ss.) demonstra que em somente quatro deles a compensação foi aceita pelas partes.

Uma das razões para a pouca utilização desse instrumento, além de sua inexistente coercibilidade, é o fato de que sobre ele incide o princípio da nação mais favorecida, contido no GATT/94, art. 1º, conforme explicitado no tópico 2.1, *supra*. Considerando que a concessão feita ao Estado vencedor será estendida automaticamente a todos os signatários do tratado, os custos com os quais arcará o réu serão possivelmente muito maiores do que os prejuízos por ele causados. Afinal, não somente cobrirá os danos causados à sua contraparte na relação comercial, mas também terá de suportar os encargos decorrentes do levantamento de barreiras para todos os demais países membros. Isso, como se vê, pode trazer-lhe consequências financeiras indesejadas. Pense-se, por exemplo, na diminuição do imposto de importação sobre determinado produto, se estendida a todos os integrantes da OMC, certamente traria problemas à arrecadação tributária do Estado vencido na disputa.

Uma forma peculiar de evitar essa consequência seria o oferecimento de compensação através de concessões em setores econômicos específicos que interessam, basicamente, ao país vitorioso no litígio, mas que não são muito relevantes para os demais membros da OMC. A hipótese, todavia, é bastante restrita e de rara ocorrência. A compensação monetária também foge ao inconveniente criado pelo princípio da nação mais favorecida, mas suas dificuldades próprias¹⁰ tornam pouco factível seu manejo.

¹⁰ Como a disponibilidade de dinheiro em caixa por parte do Estado vencido, por exemplo.



A mais forte crítica direcionada ao instituto, contudo, refere-se não à sua incomum aplicação prática, mas sim aos inconvenientes estruturais que decorrem de seu efetivo uso. Na hodierna realidade econômica, dificilmente a solução de uma disputa comercial entre dois países concerne, somente, a seus respectivos governos. Há inúmeros agentes econômicos, como empresários, consumidores¹¹ e até mesmo outros Estados que, embora não tenham tomado parte nos procedimentos litigiosos, possuem interesse direto em sua resolução. A mera fixação de uma compensação ao membro vencedor no processo desconsidera todos esses atores e seus – legítimos – interesses.

A razão para isso está na transposição de uma figura de direito contratual privado – a *efficient breach*, citada no tópico 2.1, *supra* – para o âmbito das relações comerciais internacionais, muito mais multifacetado e dotado de múltiplos sujeitos (JACKSON, 2004, p. 120). A *efficient breach* é, tradicionalmente, cláusula de contratos bilaterais com somente dois polos subjetivos. Quando aplicada no complexo sistema da OMC, do qual participa grande quantidade de países e cujas decisões espalham reflexos sobre virtualmente todos os agentes do mercado, não é de se surpreender que o instituto em questão cause discrepâncias.

Como forma de solucionar esse problema, já se sugeriu, em sede doutrinária (COLLINS, 2009, p. 225 e s.), que o membro derrotado em um litígio ofereça compensação monetária diretamente aos produtores e exportadores por ele prejudicados – e não ao Estado vencedor, portanto. Todavia, para além das dificuldades operacionais de definir o *quantum* devido a cada um desses agentes econômicos, a solução sob análise não endereça outros atores do cenário internacional também afetados, sendo bastante limitada.

Imagine-se, por exemplo, a situação de um Estado subdesenvolvido e com poucos recursos para utilizar o Sistema de Solução de Controvérsias e que foi prejudicado por barreiras impostas por um país de grande força econômica. Se outro membro da OMC, também afetado pela violação, for capaz de litigar com este último e, vencendo, obter compensação pelos prejuízos causados, os danos sofridos pelo primeiro Estado – o mais fraco – não serão reparados.

Em verdade, o modelo de *efficient breach* em que se baseia a compensação é, no mínimo, inadequado para as relações econômicas

¹¹ Estes, sendo pessoas privadas, não são dotados de capacidade processual para o Sistema de Solução de Controvérsias.



internacionais, já que ignora interesses legítimos de sujeitos que suportam danos em virtude do descumprimento de normas da OMC.

Destaque-se, ademais, que o poder da compensação de persuadir o membro vencido no litígio a adequar seu comportamento aos regulamentos da Organização é praticamente inexistente. Afinal, tendo o réu encontrado uma solução negocial que atenda a suas necessidades e às do Estado vencedor, dificilmente tomará medidas no sentido de eliminar as barreiras comerciais anteriormente impostas – descumprindo, assim, as obrigações internacionais que assumiu ao vincular-se aos tratados do sistema da OMC.

Não se propõe, aqui, o fim do mecanismo da compensação. O que se pretende é, através da demonstração de suas várias falhas, chamar atenção para o fato de que ele não é suficiente para a consecução dos objetivos da Organização – especialmente no que tange à eliminação de entraves comerciais¹².

4 FALHAS NO MODELO DE RETALIAÇÃO

Conforme explicitado no tópico 2, *supra*, o objetivo dos mecanismos de implementação de decisões previstos no ESC é fornecer ao sistema instrumentos processuais capazes de induzir observância aos comandos do OSC. Pode-se identificar, portanto, uma função de *desencorajamento quanto a violações* em tais mecanismos.

Essa função é bem visualizada através da análise das dimensões *ex ante* e *ex post* da suspensão de concessões (MAVROIDIS, 2000, p. 763). A primeira opera antes que qualquer ato ilícito ocorra, e consiste no desestímulo ao descumprimento das regras da OMC em virtude da possibilidade de imposição de uma sanção. Tem, por conseguinte, natureza de *coerção prévia*, atuando como um fator a ser sopesado pelo Estado membro antes de cometer alguma violação. A dimensão *ex post*, por outro lado, se dirige a transgressões que já se consumaram e diz respeito, assim, à responsabilidade internacional do país violador.

A partir desta breve exposição, pode-se chegar a duas conclusões. Primeiramente, a gravidade e efetiva aplicação da dimensão *ex post* afetam

¹² Veja-se, nesse sentido, o preâmbulo e o art. 2º do Tratado de Marrakesh – Acordo Constitutivo da Organização Mundial do Comércio, assinado em 15 de abril de 1994.



consideravelmente o papel desempenhado pelo aspecto *ex ante*. Afinal, é a ameaça crível de futura imposição de uma sanção que é capaz de desempenhar a função de coerção prévia sobre o Estado membro, desencorajando-o quanto ao cometimento de violações. Em segundo lugar, a intensidade da punição a ser aplicada deve ser suficiente para tornar o estado de desobediência à decisão do OSC menos atraente que o de aquiescência. Desse modo, se a sanção imposta ao membro derrotado em um litígio for menos significativa do que o proveito econômico por ele auferido em virtude de seu comportamento violador, dificilmente este será modificado.

4.1 A dependência do poder econômico do estado membro

A retaliação falha perceptivelmente em ambos os aspectos expostos no tópico anterior. Sua dimensão *ex ante* não cria uma ameaça séria o suficiente para desestimular o descumprimento às regras da OMC, e sua imposição *ex post* não é gravosa de maneira tal que induza observância às decisões do OSC.

Uma das principais razões para que isso ocorra é o fato de que a real capacidade de implementar a suspensão de concessões depende inteiramente do poderio econômico do país vencedor. Afinal, apenas países protagonistas em determinado setor comercial e que dominam considerável parcela do mercado possuem condições de afetar, nesse mesmo setor, Estados derrotados em uma disputa. Países de pouca expressividade econômica e dependentes de importações – características geralmente presentes em países em desenvolvimento – dificilmente terão possibilidades fáticas de implementar medidas retaliatórias contra Estados economicamente poderosos.

A natureza autoimpositiva¹³ da suspensão de concessões é certamente capaz de impedir que membros de menor poder econômico iniciem disputas que poderiam eventualmente vencer (BOWN; HOEKMAN, 2005, p. 863). Isso ocorre porque já é previamente sabido, por todos os potenciais litigantes, que se uma decisão favorável à parte autora for proferida, esta última terá óbices para implementá-la (BUSCH; REINHARDT, 2013, p. 719).

O principal interesse do membro que inicia uma disputa é, primariamente, poder usufruir dos benefícios de uma possível vitória. O hodierno modelo de retaliação frustra tais expectativas. Sua função

¹³ Já que é o próprio membro vencedor que, de fato, efetiva a implementação da sanção.



desencorajadora, a que se referiu no tópico 4, *supra*, é, então, completamente invertida. Ao invés de funcionar como uma ameaça contra Estados violadores, a sistemática da suspensão de concessões termina por desestimular países economicamente mais fracos a iniciarem litígios que poderiam ganhar.

Também sobreleva destacar que a criação de barreiras comerciais (através da retaliação) contra produtos ou serviços do membro derrotado é altamente danosa para os Estados de menor poderio econômico. Considerando que estes usualmente são dependentes de importações de países mais desenvolvidos, a suspensão de concessões irá privar sua população do acesso ao bem ou serviço sobre o qual se impõe a retaliação. Dessa forma, enquanto a economia do membro que sofre a sanção provavelmente permanecerá pouco afetada, o Estado vencedor imporá encargos a sua própria população, elevando os custos de vida (CHILTON; DAVIS, 2012, p. 145).

4.2 A natureza puramente prospectiva de seu cálculo

Os defeitos da retaliação não são limitados aos descritos acima (quais sejam, a ineficácia de sua natureza autoimpositiva e os danos causados à economia do membro vitorioso). Como foi previamente destacado, a eficiência do mecanismo de implementação repousa em sua capacidade de tornar a obediência à decisão do OSC mais vantajosa que seu descumprimento. Caso contrário, o membro relapso não terá incentivo real para modificar seu comportamento. No que toca a esse aspecto, a retaliação possui uma falha crítica: uma aplicação de natureza puramente prospectiva.

Conforme explicado no tópico 2.2, *supra*, o cálculo do grau de anulação ou prejuízo previsto no art. 22.4 do ESC não leva em consideração os danos já infligidos pela violação do réu à economia do autor. O valor da suspensão de concessões, portanto, considerará somente os resultados futuros da manutenção, por parte do país derrotado, das medidas que contrariam a decisão do OSC. Dessa forma, a retaliação será limitada à soma dos danos que ainda serão originados, ignorando os já consumados.

A função *ex ante* do mecanismo é, assim, enormemente mitigada. Considerando que os danos passados não serão contados no cálculo, a retaliação é privada de boa parte de seu poder ameaçador. Afinal, desde o momento em que se pratica uma violação às regras da OMC, o Estado já sabe que se uma sanção for eventualmente aprovada pelo OSC, somente serão considerados os efeitos futuros de seu comportamento.

Diante disso, o valor econômico da retaliação possivelmente será



inferior aos prejuízos causados e ao ganho que o membro violador auferiu, de modo que a desobediência à decisão do OSC poderá ser mais atraente.

4.2.1 O estímulo à demora no cumprimento da decisão

Em virtude dos fatores enunciados no tópico anterior, quando uma disputa é iniciada, o réu que tenha se furtado ao cumprimento de suas obrigações internacionais terá todo o incentivo necessário para alongar os procedimentos litigiosos pelo maior tempo possível. Como os danos causados ao longo do processo não serão considerados quando do cálculo do montante autorizado de retaliação, cria-se a possibilidade de o membro violador, impunemente, atrasar o seguimento do litígio – beneficiando-se enquanto este durar.

Um bom exemplo dessa constatação é o frequente abuso da prerrogativa do art. 21.3 do ESC. Este dispositivo aduz que, quando não for possível ao réu condenado implementar a decisão do painel imediatamente, o OSC poderá concedê-lo um período de tempo razoável para fazer cessar a violação. A prática tem mostrado que esse direito é extensiva e abusivamente utilizado, propiciando, pois, o atraso do processo e a fruição de benefícios indevidos por parte do membro vencido. Analisando dados do OSC entre 1995 e 2010, Horn, Johannesson e Mavroidis (2011, p. 1132) chegaram à mesma conclusão aqui defendida, ao observar que o referido período é fixado, em média, em 9.29 meses quando há acordo das partes e 11.7 meses quando determinado pelo painel.

Não se quer, aqui, questionar a necessidade da concessão desse período, haja vista que o levantamento de barreiras comerciais é um processo que envolve diversos interesses políticos e nem sempre pode ser feito imediatamente. O que se destaca, entretanto, é que a falta de coercibilidade da suspensão de concessões propicia o atraso dos procedimentos litigiosos e o abuso de direitos.

Esses mesmos fatores também explicam o uso comum do art. 21.5 do ESC, que determina que, havendo discordância sobre a existência ou efetividade das medidas tomadas pelo réu para obedecer à decisão do OSC, pode-se pedir ao painel que decida a matéria.

Essa etapa processual, é claro, toma tempo. O mesmo artigo estabelece o prazo impróprio de 90 dias, o que significa que a decisão poderá



ser proferida posteriormente se esse lapso temporal for insuficiente¹⁴. Réus recalcitrantes, dessa forma, costumam adotar apenas uma pequena parte da decisão do painel (ou até mesmo nenhuma), de modo a fazer a parte vencedora iniciar o procedimento do art. 21.5 e assim alongar a duração do litígio.

4.3 O impedimento ao livre comércio

Existe, além de tudo o que foi apontado até o presente momento, outro problema crítico com o mecanismo da retaliação – que diz respeito ao seu próprio conceito. Os objetivos da OMC¹⁵ evidenciam que a Organização visa à promoção de um ambiente de livre comércio, com a progressiva eliminação de barreiras. A suspensão de concessões consiste, basicamente, na imposição de um obstáculo comercial – originado da violação cometida por outro membro da Organização, mas ainda assim um obstáculo.

A ideia de retaliação parece não levar em conta o fato de que as relações negociais internacionais são marcadas por múltiplos atores e polos de interesses. Conforme destacado no tópico 3, *supra*, uma disputa entre dois Estados tem potencial para afetar diversos outros membros da Organização – e mesmo pessoas privadas – que não participaram do litígio (JACKSON, 2004, p. 120). As pretensões de todos esses agentes são desconsideradas quando o procedimento de solução de controvérsias limita-se a autorizar a criação, por parte do país vencedor da disputa, de mais uma barreira comercial.

O foco do sistema distancia-se, por conseguinte, de fazer com que o réu vencido adeque seu comportamento, e aproxima-se da garantia de uma cláusula de *efficient breach* (SYKES, 2009, p. 8). Ou seja, estimula-se a errônea ideia de que o cumprimento das normas da OMC e decisões do OSC pode ser relegado a segundo plano, se o equilíbrio econômico entre as partes no procedimento litigioso for restaurado através da retaliação.

Essa abordagem, como é facilmente perceptível, ignora tanto a pluralidade de agentes econômicos internacionais (aos quais interessa o cumprimento das regras da OMC) como o objetivo da Organização de reduzir progressivamente as barreiras comerciais (LEE, 2009, p. 64).

¹⁴ O tempo médio para conclusão dessa etapa, nos processos decididos entre 1995 e 2010, foi de 8.3 meses – período bem superior ao limite legal de 90 dias (HORN; JOHANNESON; MAVROIDIS, 2011, p. 1127).

¹⁵ Remete-se, novamente, ao preâmbulo e art. 2º do Tratado de Marrakesh – Acordo Constitutivo da Organização Mundial do Comércio, assinado em 15 de abril de 1994.



5 ANÁLISE CRÍTICA DE POSSÍVEIS APRIMORAMENTOS DO MECANISMO DA RETALIAÇÃO

Com o intuito de sanar algumas das deficiências da retaliação expostas no tópico 4, *supra*, algumas soluções são comumente apontadas por acadêmicos. Empreender-se-á, aqui, um exame geral das principais propostas, apontando os méritos e inadequações de cada uma¹⁶.

No que tange à minimização dos efeitos negativos da suspensão de concessões sobre o país que a implementa, uma das possibilidades mais discutidas é a da retaliação coletiva (BARRAL; PRAZERES, 2007, p. 40). Considerando que uma violação de comandos da OMC diz respeito à coletividade de seus membros¹⁷, essa proposta defende que todos eles podem titularizar o direito de impor a sanção sob análise.

Esta solução, contudo, dificilmente se mostraria efetiva, em virtude dos custos políticos – naturalmente altos – da suspensão de concessões. Tais custos seriam certamente majorados pela imposição da retaliação por parte de um membro que não foi parte nos procedimentos litigiosos e que, ocasionalmente, pode não ter sofrido qualquer dano oriundo do comportamento do réu. A filtragem política, assim, se tornaria um fator determinante para a eficiência desse modelo, comprometendo, em certa medida, sua estabilidade.

Uma interessante forma de organizar essa espécie de retaliação em certos casos seria a utilização de um sistema de ações coletivas, inspirado no modelo norte-americano de *class actions* (CAI, 2011, p. 158). Nele, se as ações de um membro afetarem um número significativo de países (ou mesmo todos), escolhe-se dentre eles um autor representante (*representative plaintiff*), que iniciará o litígio. Se a disputa for vencida pela parte autora e o uso de retaliação for autorizado, o direito de impor a sanção será dividido entre os integrantes do polo ativo, a partir de negociações por eles conduzidas. O grau

¹⁶ A análise de propostas para a melhoria do sistema de compensação, por ser tema de menor complexidade, foi realizada no próprio tópico 3, *supra*, para onde se remete o leitor.

¹⁷ Há um grande debate na comunidade acadêmica quanto à natureza multilateral ou simplesmente bilateral das obrigações contraídas no âmbito da OMC (SYKES, 2009, p. 8). Essa questão é de não pouca relevância, pois a viabilidade jurídica da retaliação coletiva depende do reconhecimento do caráter multilateral de tais obrigações. O tema é complexo e comporta diversas interpretações, cujo estudo aprofundado foge às finalidades do presente artigo.



de anulação ou prejuízo referido no art. 22.4 do ESC equivalerá, por certo, à soma dos danos sofridos por cada um dos Estados. Entretanto, nem todos eles precisarão implementar de fato a sanção, sendo permitida a possibilidade de transmistir a outros mais capazes o direito de retaliar.

A grande vantagem do sistema de ações coletivas é a diminuição do papel desempenhado pela filtragem política, pois todos os países envolvidos teriam sido efetivamente prejudicados pela violação cometida pelo réu. O modelo, dessa forma, é mais estável do que o de simples retaliação coletiva.

Outra possibilidade interessante seria a prerrogativa concedida ao membro vencedor na disputa de leiloar o direito de suspensão de concessões, alienando-o a outro mais capaz de exercê-lo (CRUZ, 2011, p. 73). Novamente, haveria o problema dos custos políticos. Não obstante, essa proposta pode mostrar-se efetiva se existirem, de fato, países interessados em adquirir o direito de retaliar, constituindo uma interessante reforma pontual do ESC.

A rotação na lista de produtos ou serviços, sobre os quais recairá a sanção, também já foi proposta e pode ser um bom aprimoramento (READ, 2007, p. 505). Primeiramente, porque diluiria os danos que o membro aplicador da sanção impõe sobre sua própria economia, já que este poderia escolher os setores em que a suspensão de concessões lhe seria menos prejudicial. Em segundo lugar, a rotação iria impactar diversos segmentos da economia do Estado retaliado, tornando as consequências da sanção mais pesadas – e, por conseguinte, aumentando o poder de persuasão da medida. Os agentes do mercado interno do réu afetados pela rotação provavelmente exerceriam sobre ele pressão política, levando-o de maneira mais célere a obedecer à decisão do OSC.

A introdução do cálculo retrospectivo na definição do grau de anulação ou prejuízo (referido no art. 22.4 do ESC) é outra possível solução, mas que enfrenta grande resistência por poder vir a estimular a litigância de má-fé. O Estado prejudicado por uma violação às normas da OMC poderia esperar dolosamente por um período longo de tempo, até que os danos sofridos atingissem um nível considerável e, assim, o valor de retaliação autorizado fosse maior (ZIMMERMAN, 2012, p. 265).

A preocupação apresentada é, em certo nível, fundamentada, mas pode ser resolvida através da limitação temporal da retroatividade do cálculo. Ao invés de considerar todos os prejuízos suportados pelo membro vencedor da disputa, o valor da suspensão de concessões poderia ser fixado de acordo com os danos sofridos a partir de um específico marco temporal. Um bom termo inicial seria a data em que o painel emitisse uma decisão, ou que o



Órgão de Apelação julgasse o recurso. O cálculo da anulação ou prejuízo, consequentemente, poderia retroagir até algum dos supracitados momentos. Essa medida certamente aumentaria a capacidade de persuasão da sanção e preveniria o atraso dos procedimentos litigiosos por parte do réu – sem o inconveniente da litigância de má-fé.

Outro modelo comumente proposto por estudiosos foca-se nas disputas que tem como sujeito ativo um país em desenvolvimento e, no polo passivo, um desenvolvido (DAEMMRICH, 2012, p. 236). Trata-se do uso mais extensivo da retaliação sobre direitos de propriedade intelectual, regulados pelo acordo TRIPS (sigla em inglês para *Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights*)¹⁸. Como é sabido, tais direitos geralmente concentram-se nas mãos de países desenvolvidos, de modo que essa específica forma de suspensão de concessões teria maior aptidão para afetá-los.

Em pouquíssimas ocasiões o OSC autorizou o manejo dessa medida. Ela funcionou, por exemplo, na disputa *US – Upland Cotton*¹⁹. Quando o Brasil, litigando contra os Estados Unidos, ameaçou retaliar no acordo TRIPS (após permissão do OSC), as partes chegaram a uma solução bilateral.

Essa forma de retaliação, todavia, também possui efeitos colaterais. Primeiramente, pode promover um aumento na pirataria – já que certos direitos de propriedade intelectual são suspensos –, o que certamente não se encaixa entre os objetivos da OMC. Em segundo lugar, prejudica empresas (do próprio país que implementa a sanção) que comercializam produtos protegidos por esses direitos – como CDs de música, por exemplo. O membro vencedor da disputa, desse modo, ainda terminaria por infligir danos a sua economia.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se demonstrou ao longo deste artigo, o atual modelo de mecanismos de implementação das decisões do OSC é altamente falho. Ele não é suficientemente coercitivo, já que suas sanções são pouco capazes

¹⁸ Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio, anexo 1C do Tratado de Marrakesh – Acordo Constitutivo da Organização Mundial do Comércio, assinado em 15 de abril de 1994.

¹⁹ ÓRGÃO DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS DA OMC. *DS 267: United States – Subsidies on Upland Cotton*. Painel arbitral. j. 31/08/2009.



de induzir obediência por parte do réu vencido. Tampouco é imparcial, pois somente membros economicamente fortes possuem condições reais de se beneficiar de sua aplicação. Aos países que não se encaixam nessa descrição, o uso das medidas disponibilizadas pelo ESC é de pouca utilidade e pode até mesmo ser disfuncional, danificando suas economias.

As soluções comumente apontadas são capazes, em alguma medida, de contornar certas deficiências do sistema. A maioria delas, todavia, tem problemas próprios, causando efeitos indesejáveis e que não raro dificultam o atingimento das finalidades perseguidas pela OMC. Mesmo que as sugestões apresentadas fossem aperfeiçoadas – o que é de todo necessário –, o tema ainda demandaria atenção e pesquisas, com o intuito de buscar mecanismos alternativos que não sacrifiquem os objetivos da Organização.

O Sistema de Solução de Controvérsias é, em geral, tido como um modelo eficiente – talvez o mais eficiente no âmbito do direito internacional público. As razões para tanto são complexas e seu estudo foge aos escopos deste estudo, mas pode-se concluir, à luz da argumentação aqui traçada, que a hodierna configuração dos mecanismos de implementação das decisões do OSC cria entraves para o aumento da efetividade do sistema.

REFERÊNCIAS

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. **Introdução ao direito internacional público**. São Paulo: Atlas, 2008.

BARRAL, Welber; PRAZERES, Tatiana. **O Brasil e a OMC**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007.

BOWN, Chad; HOEKMAN, Bernard. WTO dispute settlement and the missing developing country cases: engaging the private sector. **Journal of International Economic Law**, Oxford, v. 8, n. 4, p. 861-890, oct./dec. 2005.

BUSCH, Marc; REINHARDT, Eric. Developing Countries And General Agreement on Tariffs and Trade/World Trade Organization Dispute Settlement. **Journal of World Trade**, London, v. 37, n. 4, p. 719-735, jul./aug. 2003.



CAI, Phoenix. Making WTO remedies work for developing countries: the need for class actions. **Emory International Law Review**, Atlanta, v. 25, n. 1, p. 153-196, jan./apr. 2011.

CHILTON, Adam; DAVIS, Ryan. Equality, procedural justice, and the World Trade Organization. **Intercultural Human Rights Law Review**, Miami Gardens, v. 7, n. 1, p. 101-151, jan./dec. 2012.

COLLINS, David. Efficient breach, reliance and contract remedies at the WTO. **Journal of World Trade**, London, v. 43, n. 2, p. 225-244, mar./apr. 2009.

CRUZ, Carmen Fernández. **La participación de los países en desarrollo en el sistema de solución de diferencias de la OMC: factores que condicionan la iniciación de demandas**. 2011. 100 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Relaciones y Negociaciones Internacionales, Universidad de San Andrés, Buenos Aires, 2011.

DAEMMRICH, Arthur. Epistemic contests and legitimacy of the World Trade Organization: the Brazil – USA cotton dispute and incremental balancing of global interests. **Trade Law and Development**, Jodhpur, v. 4, n. 1, p. 200-240, jan./jun. 2012.

HORN, Henrik; JOHANNESSON, Louise; MAVROIDIS, Petros. The WTO dispute settlement system 1995-2010: some descriptive statistics. **Journal Of World Trade**, London, v. 45, n. 6, p.1107-1144, nov./dec. 2011.

JACKSON, John. International Law Status of WTO Dispute Settlement Reports: Obligation to Comply or Option to “Buy Out”? **American Journal of International Law**, Washington DC, v. 98, n. 1, p. 109-125, jan./mar. 2004.

LEE, Kil Won. **Improving remedies in the WTO dispute settlement system**. 2009. 203 f. Tese (Doutorado) - Law, University Of Illinois, Urbana, 2009.



MAVROIDIS, Petros. Remedies in the WTO legal system: between a rock and a hard place. **European Journal of International Law**, Firenze, v. 11, n. 4, p. 763-813, oct./dec. 2000.

MELLO, Celso de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

PELC, Krzysztof. **Eluding efficiency**: why do we not see more efficient breach at the WTO?. 2009. Disponível em: < http://www.worldtradelaw.net/articles/pelc_siel.pdf >. Acesso em: 20 abr. 2014.

READ, Robert. Dispute settlement, retaliation and compensation under the WTO. In: GAISFORD, James; KERR, William Alexander (Org.). **Handbook on trade policy**. Cheltenham: Edward Elgar, 2005. p. 498-508.

SYKES, Alan. **Optimal sanctions in the WTO**: the case for decoupling (and the uneasy case for the status quo). 2009. Disponível em: < <http://media.law.stanford.edu/publications/archive/pdf/Sykes%20Optimal%20Sanctions.pdf> >. Acesso em: 20 abr. 2014.

ZIMMERMAN, Claus. The neglected link between the legal nature of WTO rules, the political filtering of WTO disputes, and the absence of retrospective WTO remedies. **Trade Law and Development**, Jodhpur, v. 4, n. 1, p. 251-267, jan./jun. 2012.

FLAWED ASPECTS OF REMEDIES IN THE WTO DISPUTE SETTLEMENT SYSTEM

ABSTRACT

This article intends to critically analyze the current model to enforce the decisions of the Dispute Settlement System of the WTO, studying its



two remedies: compensation and retaliation. In order to so, it examines the general aspects and procedures of each one of them, as determined by the Organization's rules. Then, it demonstrates the flaws of the remedies, based on cases decided by the WTO Dispute Settlement Body and national (and especially international) academic production. It investigates some of the solutions suggested by scholars to solve the examined problems, highlighting their positive and negative aspects. The article concludes that the current model of remedies represents a hindrance for the efficiency of the Dispute Settlement System, and needs upgrades.

Keywords: World Trade Organization. Dispute Settlement System. Effectiveness. Compensation. Retaliation.



GRAVIDEZ NÃO PLANEJADA E CONDENAÇÃO DA MULHER À MATERNIDADE INDESEJADA: UMA ANÁLISE DO ASPECTO SOCIAFETIVO DA FILIAÇÃO COM VISTAS À REGULAMENTAÇÃO DO PARTO ANÔNIMO

Hermano Victor Faustino

Acadêmico do 8º período do Curso de Direito da UFRN

Anna Emanuella Nelson dos Santos Cavalcanti da Rocha

Professora Orientadora

RESUMO

Numa sociedade machista em que os deveres afetivos dos genitores em relação à prole recaem fundamentalmente sobre as mulheres, a gravidez não planejada é uma situação difícil para as gestantes que não se sentem material ou afetivamente aptas à maternagem. Não há uma alternativa sadia para a desistência da maternidade, pois todas trazem consigo alguma forma de sanção, quer moral, quer jurídica. O Direito Constitucional ao planejamento familiar se vê afetado, já que os núcleos familiares que esperam um novo membro, independentemente de sua aptidão para recebê-lo, não dispõem de meios adequados e/ou lícitos para a interrupção da gestação ou colocação da prole em família substituta de maneira sigilosa. As alternativas previstas no ordenamento jurídico impõem certa violação à intimidade dos genitores, sobretudo da mulher. Urge que se regule o parto anônimo, de maneira coerente, garantindo

à mulher e à família biológica toda assistência médica, social e psicológica no procedimento de entrega da criança neonata para inclusão em família substituta.

Palavras-chave: Gravidez indesejada. Filiação socioafetiva. Parto anônimo.

1 INTRODUÇÃO

Embora no ordenamento jurídico brasileiro a personalidade das pessoas naturais se inaugure com o fato nascimento com vida, a doutrina há muito trabalha com teorias que justificam o reconhecimento da personalidade ao ser já concebido e não nascido, isto é, ao nascituro, quer falemos em personalidade ficta (conforme doutrina de GOMEZ, 2008) ou formal (de acordo com DINIZ, 2010). De modo geral, tais teorias recebem respaldo na jurisprudência, até mesmo pelo fato de o ordenamento jurídico¹ por a salvo certos direitos do nascituro, por considerar-lhe uma pessoa humana em potencial.

Não se pode olvidar, porém, que a mãe biológica, durante o período de gestação, é também uma pessoa humana, dotada de toda a gama de direitos e valores inerentes aos cidadãos. O direito ao seu corpo, que é direito da personalidade, não é anulado durante o período gestacional, pelo simples fato de este corpo conter, durante a gravidez, a fisicalidade de um outro ser. O direito ao planejamento familiar também não se apaga para a mulher gestante: não estando apta a assumir a maternidade, é imprescindível que lhe sejam garantidas alternativas de não se converter em mãe de um filho que é seu apenas no aspecto biológico, em detrimento do aspecto afetivo.

Entretanto, à gestante não é dado, salvo situações excepcionais, o menor poder decisório sobre o ser em formação dentro de seu corpo, e sobre a continuação ou interrupção da gravidez. Também não lhe é dada nenhuma possibilidade de desistência digna da maternidade, sem que lhe sejam impostas sanções ou reprovabilidades sociais. Essa conjuntura impõe à

¹ Código Civil, art. 2º - A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.



mãe biológica uma única possibilidade: a maternagem, ainda que indesejada.

Tal situação, que dá azo a uma série de problemáticas, é aqui analisada a partir de um revés que privilegia o caráter socioafetivo da filiação, elemento que é fundamental ao correto entendimento da parentalidade, em detrimento do elemento biológico ou genético, o que é compatível com a desistência sadia e sem culpas da parentalidade para colocação da criança gerada em família substituta.

Considerando toda a reprovabilidade social que a desistência da maternidade acarreta à mulher, numa sociedade machista em que os ônus da criação dos filhos recaem fundamentalmente sobre a mãe, traçamos um entendimento favorável à garantia do sigilo no procedimento de desistência da maternidade, acompanhado de toda informação e auxílio psicossocial que a questão demanda. Conforme veremos, o conjunto dessas garantias compõe a noção de parto anônimo, que deve ser uma opção assegurada à gestante.

2 CONSIDERAÇÕES SOBRE OS PAPÉIS DE GÊNERO NO EXERCÍCIO DA PARENTALIDADE

Historicamente, nas sociedades em geral, sempre se atribuiu à mulher um papel preponderante nos cuidados com a prole. Nesse aspecto, a mulher se vê mais onerada que o homem desde os cuidados com os recém-nascidos até a responsabilização pela educação e transmissão de valores aos filhos jovens. A partenidade esteve, por muitas gerações, mais relacionada ao provimento de recursos e à administração da vida financeira dos núcleos familiares.

Essa realidade, embora atual, no passado já deu ensejo a um subjugado do homem sobre a mulher em maiores proporções, situação que já esteve, inclusive, legitimada no ordenamento jurídico brasileiro, durante décadas e décadas. Dentre os inúmeros exemplos de flagrante permissividade legal da dominação masculina no nosso ordenamento, destacamos o do Código Civil de 1916², que, dentre outras disposições inequivocamente patriarcais,

² Assim ditava a legislação civil superada:

“Art. 6. São incapazes, relativamente a certos atos (art. 147, n. 1), ou à maneira de os exercer:

[...]

II. As mulheres casadas, enquanto subsistir a sociedade conjugal.”



estabelecia a perda da capacidade plena da mulher ao casar-se, presumindo uma submissão irrestrita da esposa ao marido.

Tal ordem de ideias vem sofrendo sensível mudança nos últimos tempos, inclusive com significativos avanços legislativos e com a proteção constitucional da igualdade entre os gêneros. Relativamente à parentalidade, o direito da mulher sobre os filhos e sobre a chefia da família equiparou-se ao do homem, conforme analisa Ana Carolina Brochado Teixeira (2009, p. 137):

As mudanças ocorridas no âmbito da família foram decisivas para as transformações do conteúdo da autoridade parental. Uma das alterações mais significativas foi o exercício conjunto do *múnus*, estabelecido como consequência do Princípio Constitucional da Igualdade (arts. 5º, I, e 226, §5º, CF/88). A mãe, que exercia o pátrio poder apenas de forma subsidiária (art. 380, CCB/1916), passou a compartilhar com o pai o exercício da autoridade parental (art. 1.631, CCB/2002). O mesmo ocorreu com a direção da família, que também passou a ser diárquica, sem qualquer privilégio masculino.

Malgrado tais avanços legais, muito ainda se há a evoluir, principalmente no que diz respeito ao entendimento social dos papéis do homem e da mulher no âmbito familiar. Culturalmente, ainda se vincula a figura materna aos cuidados com os filhos. Os pais ainda exercem, no núcleo familiar, um papel supletivo relativamente à atenção com a prole, a qual é socialmente atribuída às mães.

A própria compreensão da autoridade parental é influenciada por esses aspectos, principalmente em situações de divórcio. Ao homem é comum cobrar-se o mero pagamento de pensão alimentícia, sem maiores preocupações com todos os demais aspectos inerentes à criação de filhos. É uma noção que precisa mudar:

A obrigação parental não é somente o pagamento de alimentos. Há um leque de encargos que não se mensuram monetariamente. Mas nenhuma consequência é imposta na lei a quem descumpra os deveres inerentes ao poder familiar. Separado o casal, o pai, na maioria dos casos, nem ao menos divide os deveres de criação e educação do filho, pois raramente reconhece sua responsabilidade de acompanhar o seu desenvolvimento. De forma frequente, não exerce sequer a obrigação de visitas. Os danos afetivos que decorrem dessa omissão não estão previstos como indenizáveis, mas a justiça vem, ainda que timidamente, impondo o pagamento. (DIAS,



2013, p. 110).

Essa sensação de desobrigação dos pais perante seus filhos é amparada pela ideologia social, que vê nas mães a fonte única de amor, atenção e cuidados de que a prole precisa. A mulher se vê, assim, condenada a prover todas as necessidades extrapatrimoniais e afetivas dos filhos.

Tal conjuntura finda por violar o direito fundamental ao livre planejamento familiar³. Ao homem é dado assumir perante filhos indesejados o mero pagamento das prestações alimentícias, sem a obrigação de inseri-los em seu núcleo familiar de convivência diária. Isto porque a oneração exclusiva da mulher quanto aos cuidados com a prole, de caráter moral, social e cultural, verdadeiramente desobriga o homem quanto ao provimento de afeto aos filhos.

O pai biológico que não concretiza a filiação socioafetiva de sua prole pode simplesmente seguir sua vida, completamente desvinculado dos filhos – situação que gera muitos transtornos de ordem psíquica nestes. Já para as mães, uma vez gestantes, não há escapatória: ainda que não desejem seus filhos, ou que não estejam prontas para a maternidade, é-lhes imposta toda a gama de obrigações referentes ao poder familiar. Independente de seu planejamento, os filhos ingressarão em sua vida.

Cumprе destacar que a maternidade meramente biológica, sem o elemento socioafetivo, também pode gerar nos filhos uma série de transtornos psíquicos, pois o sentimento de ser alguém indesejado, carente de afeto, é por demais degradante à pessoa humana.

3 O RECONHECIMENTO DA INAPTIDÃO PARA A PARENTALIDADE: QUANDO O “ABANDONO” É UM ATO DE AMOR

Diferentemente dos mitos alimentados pela sociedade, a renúncia à maternidade indesejada deve ser compreendida não como um abandono, mas sim como um ato de responsabilidade e até mesmo de carinho. Não deve ser hostilizada a mulher que, ao saber-se incapaz de criar e educar um pequeno ser humano, promove a entrega de um filho biológico, com fins de sua inserção em família capaz de oferecer-lhe todos os recursos afetivos,

³ CF, art. 226, § 7º.



médicos, educacionais e convencionais que o crescimento digno demanda. Essa difícil decisão muitas vezes tem caráter protetivo, o que revela nobreza na conduta da mãe biológica. É interessante a reflexão de Maria Antonieta Pisano Motta (citada por QUEIROZ, 2010, p. 18) nesse sentido, ao ponderar que

Há certa tendência em encarar toda separação entre mãe e filho entregue em adoção como abandono e esta se deve primordialmente aos valores socialmente estabelecidos segundo os quais a maternidade e a maternagem são naturais e, portanto, presentes em todas as mulheres. [...] O conceito de abandono, por sua vez, vem normalmente acoplado ao de adoção e é comumente compreendido como enjeitar, não aceitar, recusar, desprezar, repudiar, repelir. Com a assunção desse princípio nos esquecemos de que muitas entregas são protetivas da criança e algumas se configuram em verdadeiro ato de amor da mãe pela criança.

Como se vê, todo preconceito que circunda a renúncia à maternidade mostra-se insustentável. Estigmatizar a mulher pela não aceitação da condição de mãe é medida verdadeiramente violadora do direito fundamental ao livre planejamento familiar. Os homens, inversamente, não costumam ser estigmatizados: renunciam frequentemente à partenidade socioafetiva, sem que lhes seja imposta, via de regra, qualquer sanção moral, social ou até mesmo jurídica.

É preciso lançar-se um olhar mais humano à questão e priorizar-se o aspecto socioafetivo da filiação. O elemento biológico não define a parentalidade. Logo, genitores biológicos que entregam seus filhos para colocação em família substituta, por motivos diversos, não incorrem em conduta digna de despreço.

Cabe aqui, ainda, ponderarmos as peculiaridades do Brasil no que diz respeito às profundas desigualdades sociais que marcam o país, que colocam as mulheres gestantes de baixa renda em situação ainda mais dramática. A família hipossuficiente que decide pela desistência da recepção de um novo filho, muitas das vezes, não está fazendo uma opção. Sem recursos para a garantia da subsistência dos membros já existentes, os núcleos familiares vêem-se impossibilitados de receber mais um membro, provendo-lhe de todos os recursos de que precisará para desenvolver-se. Ante a vedação da entrega dos nascituros à adoção e ante todas as problemáticas acima expostas, muitas gestantes em situação de vulnerabilidade social levam a gravidez adiante, para, após o parto, entregarem seus filhos para famílias substitutas, sem qualquer auxílio psicológico, médico e social, e sem qualquer regulação estatal.



O preconceito indubitavelmente vitimiza mulheres nessa situação. Ainda que realizando um verdadeiro ato de amor ao entregar seus filhos a pessoas aptas a garantir-lhes uma vida digna, livrando-os da carestia e da total insuficiência de recursos diversos, as mães são estigmatizadas, hostilizadas por “abandonarem” seus filhos. As peculiaridades sociais da família biológica não são levadas em conta. Essa falta de sensibilidade é absurda e desumana. A falta de assistência por parte dos poderes públicos, que penaliza por demais as pessoas em situação de vulnerabilidade social, é complementada pela ferrenha reprovabilidade social em face da família desistente da prole.

Toda essa situação é bastante gravosa. Conforme apontam MACIEL *et al* (2013, p. 197),

O abandono de filho menor na conjuntura atual da família brasileira de baixa renda deve ser examinado com muita cautela pelos operadores da lei. Lamentável, mas notória, é a desassistência de milhares de famílias pelo Poder Público em nosso país, redundando em desemprego dos pais, fome e miséria dos filhos.

Dessa forma, o olhar que se deve lançar sobre a desistência da parentalidade e a entrega da criança gerada para colocação em família substituta deve ser sensível às peculiaridades de cada caso, e pautado na solidariedade e na compreensão. Nem sempre o “abandono” é a situação menos favorável à criança.

4 REFLEXÕES SOBRE O PROCESSO DE ENTREGA DA PROLE INDESEJADA

A entrega dos filhos não desejados para colocação em família substituta é possível no ordenamento jurídico brasileiro, porém há diversos problemas em torno deste instituto.

Além das formalidades e exigências feitas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente para a efetivação da entrega da prole, como a necessidade de esforço institucional para a manutenção da criança na família natural ou extensa⁴, bem como a impossibilidade de os genitores consentirem quanto à entrega de seu filho antes do nascimento⁵, há uma problematização de

⁴ Art. 166, § 3º.

⁵ Art. 166, § 6º.



ordem social: a sistemática imposta para a desistência da maternidade e da paternidade, através de procedimento judicial com participação do Ministério Público, precedido de requerimento assinado em cartório, impõe certa publicização da desistência, de todo desnecessária e prejudicial aos genitores biológicos, principalmente à mãe.

Ora, em uma sociedade machista em que se atribuem à mulher todos os ônus de natureza extrapatrimonial relativos à criação da prole, não é de se imaginar que a mãe biológica que entregue seu filho para adoção vá se ver livre de hostilidades, discriminações e maus juízos do meio social no qual está inserida.

Demais disso, os “esclarecimentos prestados pela equipe interprofissional da Justiça da Infância e da Juventude”⁶ aos genitores que optam pela desistência da paternidade, que têm o claro intuito de desestimular a entrega da criança indesejada, nem sempre são feitos de maneira adequada, com a sensibilidade que a temática demanda. Ante as limitações orçamentárias e técnicas constatadas nas unidades judicantes de algumas regiões do Brasil, notadamente as mais ermas, a orientação que os genitores biológicos recebem antes de entregar seus filhos para a adoção comumente contém um conteúdo ofensivo ou repressor, que vem a afetar o emocional dos genitores no difícil momento da entrega de um filho biológico.

Diante destes fatores, é fácil concluir que o sigilo na entrega dos filhos indesejados seria de todo pertinente. Tal sigilo seria garantido com a regulamentação do parto anônimo, que já foi proposta no Congresso Nacional⁷.

4.1 Breves comentários sobre os Projetos de Lei acerca da matéria

Os Projetos de Lei que discutiam a questão do parto anônimo, inclusive o último, de nº 3.220/2008, redigido pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família, malograram. Em linhas gerais, os Projetos tinham o mesmo escopo: visavam regular a questão, assegurando à gestante, que não pretendesse ser mãe, o direito ao acompanhamento médico durante a gestação e a entrega do filho gerado logo após o parto, de forma sigilosa. Após a entrega, haveria um curto prazo para arrependimento da mãe biológica ou para a interveniência de algum membro da família extensa. Os dados relativos à origem biológica

⁶ ECA, art. 166, § 2º.

⁷ Projetos de Lei nº 2.747/2008, nº 2.834/2008 e nº 3.220/2008.



apenas seriam revelados ao interessado, isto é, ao filho, mediante autorização judicial. Uma crítica cabível é que nenhum dos Projetos considerava de maneira adequada os interesses do genitor masculino na criação da prole.

As tentativas legislativas poderiam ter beneficiado muitas mulheres no Brasil. Todas, entretanto, foram derrubadas e mal recebidas, inclusive pela Comissão de Seguridade Social e Família e pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados.

Os argumentos dos críticos do parto anônimo são consideravelmente preconceituosos e revestidos de presunções. Via de regra, valem-se da insustentável comparação do instituto com a antiga Roda dos Expostos⁸, mecanismo arcaico e insalubre utilizado em períodos superados da história brasileira para proceder a entrega de crianças indesejadas às Santas Casas de Misericórdia.

Exceto pela garantia ao sigilo, o parto anônimo que se quer regulamentar em nada tem a ver com a finada prática da Roda dos Expostos. O que se quer regular não é o abandono selvagem ou insalubre de crianças, mas sim o direito da gestante de não ser condenada a uma maternidade que não deseja. Busca-se criar ferramentas para que a entrega da criança gerada seja o menos traumática possível, tanto para a mulher quanto para o filho.

Tal intento, porém, esbarra no moralismo, profundamente arraigado no Congresso Nacional e na própria sociedade. Enquanto não se difundir uma visão mais sensível acerca da maternidade indesejada e enquanto não se aprovarem normas que garantam à gestante a dignidade na desistência da maternidade, as mulheres que optarem pela não criação de seus filhos continuarão sendo obrigadas a passar por todo processo burocrático de destituição do poder familiar para disponibilização de seus filhos biológicos para inserção em família substituta. O que poderia ser um processo simples e discreto converte-se em processo verdadeiramente inquisitivo, causando dor e sofrimento à mulher.

Urge, dessa forma, que a questão seja analisada sob uma ótica mais humana e menos moralista, e que os debates sobre os projetos de lei que vierem a tramitar no Congresso Nacional acerca do tema tenham por escopo o avanço social e a dignidade da pessoa humana.

⁸ Também conhecida como *Roda dos Enjeitados*.



4.2 Os problemas do procedimento atual

Apesar de o Estatuto da Criança e do Adolescente expressamente prever⁹ a possibilidade de os genitores demandarem voluntariamente a colocação de seus filhos em família substituta, a mãe biológica que desiste da maternagem não escapa de sanções. Optando pela entrega da prole, está sujeita à ferrenha reprovabilidade social, que acarreta inclusive o eterno sentimento de culpa. Se desejar a interrupção da gestação, esbarrará na tipificação da conduta como crime contra a vida¹⁰. Se ainda assim realizar interrupção terapêutica de sua gravidez, o fará provavelmente em condições extremamente precárias, clandestinas, desumanas. Se, ante a indignidade das opções anteriores, optar por ir na contramão de sua vontade, gerando e criando a pessoa resultante de sua gestação, será mãe de um filho que não deseja. Mãe de um filho que afetivamente não é seu.

Essas hipóteses, todas elas traumáticas à sua maneira, não possibilitam à mulher grávida uma tranquila e saudável desistência da maternidade. Encurraladas, muitas mulheres escondem a gestação dos seus familiares e amigos, e, após o parto, na peculiar situação de vulnerabilidade extrema decorrente do estado puerperal, abandonam seus filhos de maneira degradante, entregando-os à própria sorte, em banheiros públicos, valas, ruas, córregos, lixões. É o que se convencionou chamar de abandono selvagem¹¹.

O desespero que bate à porta das mulheres gestantes se dá porque não há uma saída humana à gestação. Se o sigilo no parto fosse garantido, bem como toda a assistência necessária no difícil momento da decisão pela desistência da parentalidade, muitos dramas seriam minimizados.

5 CONCLUSÕES

Como se vê, são plúrimos e dramáticos os problemas enfrentados pelos núcleos familiares que, mesmo não preparados para tal, esperam a vinda

⁹ Art. 166.

¹⁰ Código Penal, Art. 124 – Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos.

¹¹ No dizer de QUEIROZ (2010, p. 14), o abandono selvagem é o abandono “caracterizado pela renegação da criança em local impróprio e degradante, agravado pela falta de dignidade e respeito à criança, pessoa também a quem são conferidos direitos.”



de mais um membro. Esse drama é amargado, principalmente, pelas mulheres, mães biológicas que, por sofridos fatos da vida, não querem ou mesmo não podem ser mães de coração.

O Estado, que não chega junto das famílias para fornecer auxílio no planejamento familiar ou para garantir as assistências sociais mais elementares, indispensáveis à subsistência de todos, chega para impor restrições à possibilidade de uma desistência informada e sadia da criação de um filho.

O sistema de adoção existente, falho, burocrático e baseado num cadastro frio e numa processualística lenta e dolorosa, não respeita a intimidade da família biológica, sobretudo da mãe, e impõe ao adotando um período de espera muitas vezes longo e sofrido. Tão longo e tão sofrido, que os laços afetivos a surgirem entre adotando e família substituta por vezes já nascem mofados.

Diante dessa realidade, urge que as mulheres gestantes não inclinadas à assunção da maternidade tenham opções humanas de rompimento dos laços jurídicos com a prole, para que a experiência familiar forçada não seja frustrante – nem para a mãe, nem para o filho. As opções ora existentes são absurdamente problemáticas e traumáticas.

A regulamentação do parto anônimo, com garantia do sigilo e da assistência interdisciplinar à família biológica que entrega um filho para inserção em família substituta é a solução mais adequada, pois não promove a exposição dos genitores à reprovabilidade social, encorajando-os a desistir da parentalidade caso não estejam aptos para ela. A mulher seria a maior beneficiada com essa medida, haja vista ser o principal alvo das sanções sociais aqui trabalhadas, além de carregar consigo a eterna culpa pelo não cumprimento do papel de mãe, que lhe é socialmente imposto.

REFERÊNCIAS

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Teoria Geral do Direito Civil**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1.



FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil – Famílias**. 5. ed. Salvador: Jus Podivm, 2013. v. 6.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 19. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ISHIDA, Válder Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente** – Doutrina e Jurisprudência. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

QUEIROZ, Olívia Pinto de Oliveira Bayas. **O parto anônimo à luz do constitucionalismo brasileiro**. 2010. 155 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de Fortaleza, Fortaleza.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, guarda e autoridade parental**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

**UNPLANNED PREGNANCY AND THE
CONDEMNATION OF THE WOMEN TO
UNDESIRED MOTHERHOOD: AN ANALYSIS
OF THE SOCIOAFFECTIVE ASPECT OF
PARENTHOOD FOCUSING ON THE POSSIBILITY
OF ANONYMOUS BIRTH**

ABSTRACT

In the sexist society we live in, in which the affective duties of the parents towards their children incumbent on the women, unplanned



pregnancy is a difficult situation to expectant mothers that don't feel financially and affectively ready to the motherhood. There is no good way to give up on being a mother, once all possible ways bring along some sort of punishments, whether moral or legal ones. The constitutional right to family planning is, so, violated, once the aptitude of the family to receive a new member is not considered when women get pregnant. Once it happens, there is not a proper and lawful way to stop pregnancy or to confidentially insert the child in a substitutive family. The legal ways to do so end up affecting the biological family's intimacy. In order to offer an option to solve this problem, anonymous birth must be properly regulated. Besides, biological family must to receive all sorts of assistance, including social e psychological ones, on the process of giving a just-born child to be inserted into a substitute family.

Keywords: Unplanned Pregnancy. Socioaffective. Parenthood. Anonymous birth.



PETROBRAS E TRATAMENTO DIFERENCIADO: LIMITES DA ISONOMIA NO SETOR UPSTREAM DA INDÚSTRIA DO PETRÓLEO

Sânzia Mirelly da Costa Guedes

Acadêmica do 9º período do Curso de Direito da UFRN

Ex-pesquisadora bolsista do PRH-36 ANP/MCT/UFRN

Diretora acadêmica da Simulação de Organizações Internacionais

RESUMO

O presente trabalho objetiva observar os limites do princípio constitucional da isonomia no setor *upstream* da indústria de petróleo brasileira, isto é, nas atividades de exploração e produção da referida indústria. Discorre, para tanto, sobre a criação da Petrobras, empresa estatal atuante no setor, bem como sobre a importância dessas atividades para o país. Aborda, ainda, o conceito que pode se inferir da isonomia, destacando a possibilidade de haver um tratamento jurídico diferenciado para que o princípio em questão seja alcançado. Examina, assim, as prerrogativas concedidas à Petrobras com o novo marco regulatório pós Pré-sal, de modo a destacarem, por fim, a mitigação do princípio da isonomia.

Palavras-chave: Indústria do Petróleo. Isonomia. Pré-sal. Petrobras. *Upstream*.

1 INTRODUÇÃO

As Constituições são caracterizadas, por serem as Leis Maiores de um Estado, as quais traçam limites para as demais normas de um ordenamento jurídico, já que devem, estas, terem as normas constitucionais como fundamento de validade (TAVARES, 2010, p. 401).

Ocorre que, diante de um caso concreto, há possibilidade de haver tensão entre normas constitucionais, devendo, em tal caso, ser analisado qual a melhor forma de se empregar os calores constitucionais para que se evite o completo sacrifício de algum desses valores.

Nos marcos regulatórios do setor *upstream* da indústria de petróleo, há nítido tratamento diferencial delegado à Petrobras, especialmente, com a Lei Federal nº 12.351/2010, introduzida no ordenamento jurídico pátrio após a descoberta do Pré-sal.

Esta pesquisa se destina, portanto, a analisar o princípio da isonomia nas atividades de exploração e produção de petróleo, com base nos prerrogativas juridicamente concedidas à Petrobras.

Assim, será abordado como se deu a criação da Petrobras e seu papel no setor, bem como o que se pode entender por isonomia, de forma a discorrer se o tratamento da Petrobras mitiga ou não o princípio constitucional da isonomia.

2 A INDÚSTRIA DE PETRÓLEO BRASILEIRA E A CRIAÇÃO DA PETROBRAS

Com a promulgação da Constituição de 1934, a propriedade do subsolo foi separada da propriedade do solo, sendo do Estado os direitos sobre os recursos minerais do subsolo. Desse modo, a exploração das riquezas do subsolo somente poderia ser realizada mediante concessão do Governo Federal. Era possível, contudo, o contrato de concessão para possibilitar a atividade de exploração em determinada área.

Importante frisar que “até a Revolução de 1930, o petróleo não se apresentava ainda como um problema nacional” (BERCOVICI, 2011, p. 91). É somente com tal revolução e com a busca pela independência econômica, que o Estado passou a buscar a efetivação do controle sobre seus recursos naturais, visando desenvolver-se com base no aproveitamento das riquezas do subsolo (MOURA, CARNEIRO, 1976, p. 169-172).

O combustível então comercializado no Brasil era importado de refinarias norte-americanas e inglesas, sendo sua comercialização no mercado



nacional dominada por cinco subsidiárias de grandes empresas estrangeiras, de modo que o preço da gasolina oscilava conforme interesse dessas subsidiárias, de forma que o governo local não tinha controle sobre ele. Assim, as altas no preço da gasolina, segundo Bercovici (2011, p. 103), foram essenciais para que o abastecimento nacional de combustíveis fosse visto como um problema primordial da economia brasileira.

Na Constituição de 1937, a distinção entre a propriedade do solo e do subsolo foi mantida. Foi na vigência da referida Constituição que surgiu a primeira norma que versava direta e exclusivamente sobre a indústria do petróleo: o Decreto-lei nº 395 de 29 de abril de 1938 declarava ser utilidade pública o abastecimento nacional de petróleo. Foi criado, também pelo referido decreto, o Conselho Nacional do Petróleo (CNP), o qual assumiu a tripla função de regular o setor de petróleo, formular a política nacional desse setor e executar diretamente a pesquisa no território nacional.

Em 21 de janeiro de 1939, em Lobato, Bahia, ocorreu a primeira descoberta comercial de petróleo, por meio do Governo Federal, com auxílio do Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM). Por recomendação do CNP, o Governo Federal, então, garantiu “uma reserva petrolífera nacional no entorno do poço de Lobato” (TOLMASQUIM, PINTO JÚNIOR, 2011, p. 246). Posteriormente, em 1940, houve a construção da primeira refinaria brasileira, em Mataripe, Bahia.

Somente na vigência da Constituição Federal de 1946, temendo os riscos da dependência externa de petróleo e estando o General Horta Barbosa a sua frente, o Clube Militar – que era vinculado ao Centro de Estudo e Defesa do Petróleo – organizou a ideia da campanha “O Petróleo É Nosso”, no intuito de estabelecer o monopólio estatal. O presidente Vargas, na volta à Presidência da República, iniciou, então, a campanha que culminaria na criação de uma empresa estatal brasileira destinada a exercer o monopólio.

Dessa maneira, em dezembro de 1951, Getúlio Vargas enviou ao Congresso o Projeto de Lei nº 1.516¹, recomendando a criação de uma sociedade por ações chamada “Petróleo Brasileiro S.A.,” a Petrobras. O referido projeto previa que a Petrobras seria uma empresa mista, tendo a União, no mínimo, 50% das ações ordinárias e podendo nomear o presidente e quatro diretores da empresa.

¹ Projeto de Lei 1.516 de 1951. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD12DEZ1951.pdf#page=58>>. Acesso em 01 fev. 2014.



Após inúmeros debates, com base no princípio da indústria nascente², foi sancionada a Lei nº 2.004/1953, a partir da qual o setor de petróleo voltou a ser monopólio da União e foi criada a Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobras, uma sociedade de economia mista³, a qual cabia o exercício exclusivo do monopólio da união nas atividades de pesquisa, lavra, refino e transporte no setor de petróleo.

A sociedade de economia mista federal, como aduz Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 190-194), é uma pessoa jurídica dotada de personalidade de Direito Privado, composta de recursos particulares e advindos de pessoas jurídicas de Direito Público ou de entidades da Administração indireta, devendo haver prevalência acionária com participação nos votos da esfera pública. Sua atuação está relacionada com ações e interesses estatais e é necessária lei para autorizar sua criação.

Ao ser instituído o monopólio estatal, este deve ter por base a preservação ou a implementação do interesse público em determinada atividade (TAVARES, 2011, p. 242), e não, pretensões meramente lucrativas. Assim, é possível afirmar que a Petrobras, por ter sido criada para exercer a uma atividade monopolizada pela União, deve ter atuação voltada para satisfazer o ideal constitucional de interesse público.

Para Adriana Fiorotti Campos (2007, p. 167), alguns fatores influenciaram diretamente na redução do grau de dependência externa quanto ao abastecimento do mesmo uma ação governamental a ser tratada com prioridade. Elenca-se a falta de vontade e a capacidade da iniciativa privada brasileira em realizar vultuosos investimentos no setor petrolífero nacional, em especial, na exploração e produção, assim como, a vulnerabilidade da economia nacional em relação a importação de petróleo,

Ao ser criada, a Petrobras recebeu um patrimônio do CNP equivalente a US\$ 165 milhões (cento e sessenta e cinco milhões de dólares), correspondente: ao Terminal de Madre de Deus na Bahia, à Refinaria de

² “A racionalidade da nacionalização parece muito mais justificada pelo princípio da indústria nascente (construção da grande empresa nacional do petróleo para enfrentar os desafios necessários e fazer frente à ameaça potencial do capital estrangeiro) e pela percepção do caráter estratégico para a industrialização do país (a grande aspiração sociopolítica nacional) do que por motivação anti-imperialista” (TOLMASQUIM, PINTO JUNIOR, 2011, p. 248).

³ Como empresa estatal, a Petrobras tem “por natureza uma função social nata: a de atender aos interesses gerais dos cidadãos e não [apenas] seus interesses particulares” (SANTOS NETO, 2013, p. 6).



Cubatão em construção em São Paulo (45.000 – quarenta e cinco mil – barris por dia), à Refinaria de Mataripe (RLAM) na Bahia e à Frota Nacional de Petroleiros composta por 22 (vinte e dois) navios com 230 (duzentas e trinta) toneladas de porte bruto (SERPLAN/PETROBRAS, 1993, p. 3).

O cenário em que a Petrobras iniciou suas operações era caracterizado por uma produção nacional praticamente restrita ao Recôncavo Baiano e que correspondia, apenas, a 2% (dois por cento) do petróleo processado no Brasil; já a capacidade de refino atingia, somente, 5% (cinco por cento) da demanda nacional (TOLMASQUIM, PINTO JÚNIOR, 2011, p. 246). A Petrobras nasceu, portanto, com a responsabilidade de desenvolver o setor petrolífero brasileiro.

Na sua primeira década de atividades, a Petrobras focou-se em implantar o parque de refino no país (DIAS, QUAGLINO, 1993, p. 115-118). Com o desbravamento das fronteiras exploratórias, a Petrobras conseguiu dar novas perspectivas à indústria do petróleo no Brasil. Todavia, aos poucos, a Petrobras foi capaz de se adequar à lógica do mercado internacional do setor de petróleo.

Com o desenvolvimento no setor e a crise financeira do Estado brasileiro por volta de 1980 e 1990, a justificativa econômica para a manutenção do monopólio no setor se esvaiu (FONTES, FONTES, 2013, p. 77), não havia mais que se falar em “indústria nascente”, sendo a Petrobras uma forte empresa, capaz de concorrer isonomicamente com as demais.

Em 1988, houve alterações em toda a Constituição. Todas as suas normas passam a ser pautadas com base, especialmente, em seus arts. 1º, 3º e 4º, que destacam os fundamentos, objetivos e princípios norteadores do Estado brasileiro. A Constituição Federal de 1988 prevê que é papel primordial do Estado atuar como agente normativo e regulador da atividade econômica, não intervindo diretamente nela. O Estado somente poderá explorar diretamente uma atividade econômica se previsto em texto constitucional ou definido por lei, desde que tal intervenção seja necessária aos imperativos de segurança nacional ou à relevante interesse coletivo.

Quanto ao Direito do Petróleo, importante destacar que, inicialmente, a Constituição Federal de 1988 previa o monopólio das atividades de exploração e produção de petróleo no Brasil, impedindo, inclusive os contratos de risco, anteriormente utilizados para licitar áreas para atividade de exploração a empresas internacionais. A redação original vedava à União “ceder ou conceder qualquer tipo de participação, em espécie ou em valor, na exploração de jazidas de petróleo ou gás natural”.

Todavia, o debate sociopolítico em torno do monopólio exercido



pela Petrobras estava em evidência, especialmente, diante do cenário brasileiro de crise financeira. Fernando Henrique Cardoso, então, propôs a flexibilização do monopólio da União sobre o petróleo. Argumentava-se, que, em relação à insuficiência de recursos financeiros para serem investidos na exploração e produção do petróleo, seria mais benéfico se a Petrobras atuasse em regime de concorrência com outras empresas⁴.

Em 09 de novembro de 1995, a Emenda Constitucional nº 09 passa a dar nova redação ao §1º do art. 177 da Constituição Federal de 1988, podendo, então, a União contratar com empresas estatais ou privadas para realizar atividades de exploração e pesquisa de petróleo, observadas condições previstas em lei.

Assim, a Lei nº 9.478/97 passou a regulamentar a Emenda Constitucional nº 09/95, a qual permitiu, através da concessão, precedidas de licitação, as atividades de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural⁵.

Com o descobrimento das camadas de Pré-Sal, houve importantes alterações no marco regulatório da indústria do petróleo brasileira, com destaque para a Lei nº 12.351 de dezembro de 2010, que estabelece o regime de partilha da produção para os contratos de exploração e produção de petróleo em áreas estratégicas e do Pré-sal, alterando, assim, diversos artigos da Lei nº 9.478/97.

3 ISONOMIA E CRITÉRIO DE DIFERENCIAÇÃO

O art. 5º da Constituição Federal inicia com a afirmação que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Deste *caput* se infere o princípio da igualdade, o qual indica, de uma análise superficial, igualdade perante a lei, isto é, conforme aduz José Afonso da Silva (2009, p.

⁴ Adriana Campos (2007, p. 197) diz, ainda, que como consequência da atuação da Petrobras em regime de concorrência com outras empresas de petróleo, a estatal brasileira “não teria mais a responsabilidade de prover o abastecimento do mercado interno”.

⁵ “Art. 23 As atividades de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e de gás natural serão exercidas mediante contratos de concessão, precedidos de licitação, na forma estabelecida nesta Lei, ou sob o regime de partilha de produção nas áreas do pré-sal e nas áreas estratégicas, conforme legislação específica”. Brasil. Lei 9.478/97. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9478.htm>. Acesso em: 09 maio 2013.



214), num primeiro momento visualiza-se, apenas, a “igualdade jurídico-formal no plano político, de caráter puramente negativo”, essa igualdade formal retrata o sentido de que a lei deve ser aplicada a todos igualmente, independente de diferenças existentes entre os grupos.

Para além de uma isonomia formal, deve-se interpretar o trecho destacado do *caput* do art. 5º da Constituição Federal também como isonomia material, tendo como base o preceituado por Aristóteles de que os iguais devem ser tratados de forma igualitária, assim como entre os desiguais devem ser respeitadas suas desigualdades. Tal entendimento torna a norma supradestacada consoante com os demais valores constitucionais, em especial, com a busca por justiça social de que tratam a ordem econômica e a ordem social (AFONSO DA SILVA, 2009, p.215).

Robert Alexy (2008, p. 395) destaca que o princípio da isonomia⁶ – ou igualdade – deve ser reconhecido não somente no momento de aplicação da lei, mas, do mesmo modo, quando da criação da lei. Assim, entende-se que referido princípio objetiva atingir, primordialmente, tanto os aplicadores da lei quanto o legislador, aquele que ao “elaborar” a lei deve destacar as situações diversas que ela poderá atingir, de modo a possibilitar que tais situações sejam amenizadas ou agravadas em proporção às diversidades apresentadas⁷, respeitando, dessa forma, não somente o aspecto formal do princípio, mas também o material.

Nesse sentido, a lei deve atuar como instrumento regulador da vida social, para tanto, tratando de modo equitativo – seja quanto a aplicação ou conteúdo da lei – todos os cidadãos (MELLO, 2003. p. 10), mesmo que para isso tenha que discriminar situações.

Alexy (2008, p. 397) ressalta, contudo, que para o princípio em destaque não careça de conteúdo, “ele não pode permitir toda e qualquer diferenciação e toda e qualquer distinção”. A questão referente ao princípio da isonomia, portanto, seria a de como destacar as desigualdades existentes entre grupos/indivíduos diversos de modo a respeitá-las sem incorrer em discriminações exacerbadas.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2003, p. 11) aprofunda referido

⁶ Para este trabalho, não é considerada qualquer diferenciação substancial entre “igualdade” ou “isonomia”, sendo esses termos sinônimos; contudo, prefere-se a utilização do termo “isonomia”.

⁷ Assim como Alexy, José Afonso da Silva (2009, p.215) compartilha esse entendimento.



questionamento, indagando sobre quais seriam as espécies de igualdade que poderiam vedar e quais os tipos de desigualdades facultariam a discriminação de situações e de pessoas, sem quebra e agressão aos objetivos transfundidos no princípio constitucional da isonomia.

Para que a diferenciação contida numa lei não seja contrária ao princípio da isonomia, ela deve corresponder a uma relação lógica entre o fator considerado como critério de diferenciação e a disparidade específica estipulada no tratamento jurídico diversificado (MELLO, 2003, p. 21). Isto é, deve haver relação direta e lógica entre a desigualdade destacada e o tratamento jurídico diferencial, de modo que esse tratamento esteja proporcional a desigualdade destacada e busque equalizá-la⁸.

Ainda, a diferenciação contida em lei somente estará em consonância ao princípio da isonomia se a referida relação lógica preservar e promover os interesses protegidos pelo sistema constitucional (MELLO, 2003, p. 21). Diante disso, o tratamento desigual será juridicamente aceitável se a relação entre ele e o fator de diferenciação for resultado de uma relação lógica e proporcional, e, de mesmo modo, se essa relação estiver em conformidade com os valores constitucionais.

Junto a isso, Celso Antônio (2003, p. 24) aduz que o tratamento desigual, para ser compatível com o princípio da isonomia, deve ter como fundamento um critério de diferenciação que não singularize de modo definitivo o indivíduo ou a situação a ser tratada de modo particular, posto incidir em atribuição de benefício ou imposição de gravame a um único indivíduo ou a uma única situação, o que não seria compatível com o ideal de igualdade.

O critério de diferenciação deve, também segundo o autor (2003, p. 35), ser intrínseco ao indivíduo ou à situação a que pretende se dar tratamento diferenciado, não havendo como “desequiparar pessoas e situações quando nelas se encontraram fatores iguais”. Isto é, somente os elementos existentes propriamente nas pessoas, coisas ou situações é capaz de ser base a sujeitá-las a regimes jurídicos diferentes, não podendo fatores externos⁹ serem tomados

⁸ Nas palavras do autor (2003, p. 38/39): “o critério especificador acolhido pela lei, a fim de circunscrever os atingidos por uma situação jurídica – a dizer: a fator de discriminação- pode ser qualquer elemento radicado – pode ser qualquer elemento radicado neles; todavia, *necessita, inarredavelmente, guardar relação de pertinência lógica com a diferenciação que dele resulta*”. (Grifo nosso).

⁹ Celso Antônio Bandeira de Mello exemplifica (2003, p. 30/33) fatores externos



como critérios diferenciais.

Diante disso, entende-se que para se atingir o princípio da isonomia é permitido realizar discriminações juridicamente aceitáveis, contanto que essas não sejam gratuitas ou fortuitas, mas que, ao contrário, sejam capazes de proporcionar garantias individuais e vedar favoritismos.

4 ISONOMIA, MARCOS REGULATÓRIOS DO PETRÓLEO E O TRATAMENTO DADO À PETROBRAS

Na indústria do petróleo, é claro o tratamento diferencial designado à Petrobras desde a criação dessa empresa pela Lei nº 2.004 de 1953, quando, como anteriormente abordado, passou a atuar em regime de monopólio nos setores de exploração e produção¹⁰ de petróleo, representando a União.

Com a EC nº 09/95 e a mitigação desse monopólio, a Lei 9.478 de 1997 passou a disciplinar o novo regime para que empresas pudessem atuar no setor *upstream* da indústria do petróleo. Assim, em seu art. 61, §1º, referida lei prevê que as atividades econômicas desse setor (entre outras) devem ser desenvolvidas “em caráter de livre competição com outras empresas, em função das condições de mercado”. Com base no supracitado artigo, portanto, todas as empresas receberam tratamento isonômico pela lei, podendo concorrer igualmente no setor, respeitando as condições de mercado e suas próprias limitações.

Necessário destacar que a Petrobras, conforme art. 42 da supracitada lei, recebeu tratamento diferenciado quando da ocorrência de empate, já que, caso ela estivesse concorrendo não consorciada com outras empresas, a licitação seria decidida em seu favor nesse caso. Apesar do conteúdo dessa norma, não houve qualquer questionamento quanto ao respeito da Lei

citando o “tempo”, o qual seria, por si só, “elemento neutro, condição de pensamento humano”, o qual não é próprio de nenhum indivíduo, coisa ou situação. Somente as situações que nele transcendem podem ser consideradas fatores de diferenciação.

¹⁰ Conforme o art. 2º da Lei nº 9.478/94, a definição de exploração – termo utilizado neste trabalho – e de pesquisa – termos utilizados na Constituição de 1988 – é o mesmo: “V - Pesquisa ou Exploração: conjunto de operações ou atividades destinadas a avaliar áreas, objetivando a descoberta e a identificação de jazidas de petróleo ou gás natural”. Situação similar ocorre com a definição de lavra – termo usado na constituição – e produção – termo utilizado neste trabalho: “XVI - Lavra ou Produção: conjunto de operações coordenadas de extração de petróleo ou gás natural de uma jazida e de preparo para sua movimentação”.



9.479/97 pelo princípio da isonomia.

Ocorre que, com as últimas alterações jurídicas no regime de contratos do setor *upstream*, especialmente pelas inovações da Lei 12.352 de 2010, a Petrobras passou a receber notório tratamento diferenciado, possibilitando a estatal inúmeros benefícios.

Entre os benefícios concedidos, destacam-se: i) a possibilidade de contratar com a União, dispensada licitação, para ter o direito de explorar blocos delimitadas pelo CNPE (art. 8, I, e art. 12); ii) ser a única operadora de todos os blocos do Pré-sal, ainda que sua participação nos consórcios seja minoritária (art. 4); iii) é garantido a participação mínima de 30% em todos os consórcios que vencerem a licitação (art. 10, III, c); iv) ser a única empresa autorizada a realizar estudos exploratórios necessários para avaliar o potencial de áreas do Pré-sal e as consideradas estratégicas pelo CNPE (parágrafo único do art. 7); v) ser a única empresa autorizada a levantar dados sobre jazidas que se estendem além dos blocos concedidos ou partilhados, objetivando informar a ANP sobre instruções sobre os contratos de individualização (art. 38).

Com esse tratamento diferenciado, a Petrobras agregará ainda mais vantagens informacionais (além da já adquirida durante o período de predomínio do monopólio) e, como consequência, acumulará benefícios concorrenciais, mitigando, como já destacado, o princípio da livre concorrência no setor *upstream*.

Cabe aqui analisar se no tratamento diferencial destinado à Petrobras há respeito ao princípio da isonomia ou se corresponde a um tratamento juridicamente intolerável.

A Petrobras foi criada num cenário em que os trustes internacionais de petróleo objetivavam “controlar o maior número possível de áreas com potencial produtivo” (COELHO, 2009, p. 06), para explorá-las e dominar o mercado internacional.

Conforme já exposto, o abastecimento interno de combustíveis era, praticamente, controlado por subsidiárias de refinarias norte-americanas e inglesas, as quais tinham controle quase completo da revenda de combustíveis no Brasil da década de 30.

Assim, a campanha para a criação de uma empresa estatal nacional que pudesse ser responsável pelo abastecimento interno de combustíveis foi pautada na necessidade de combater o poder de mercado das empresas internacionais, bem como no objetivo de autossuficiência do abastecimento interno, sendo o petróleo visto como um “bem natural e econômico da nação”, o qual passou a ser defendido por vários setores sociais.



Dessa forma, ao ser criada, a Petrobras passou a ter o objetivo primordial de pesquisar, explorar e produzir petróleo no país para que a dependência externa de combustíveis fosse reduzida, até que, se possível, desaparecesse.

Com isso, a história do desenvolvimento da Petrobras é confundida com a história do desenvolvimento da indústria do petróleo nacional. A sua criação é um marco para a indústria do petróleo pátria, bem como a sua atuação está historicamente interligada com os interesses nacionais. É com a Petrobras que os investimentos na indústria de energia e combustíveis brasileira passaram a crescer, expandindo-se, chegando a atender grande parcela da população brasileira.

Através do exercício do monopólio da União no setor *upstream* da indústria do petróleo pela Petrobras, não se pode questionar, nesse momento, a existência de isonomia no setor, visto não ter outras empresas para que se possa estabelecer relação de igualdade.

Ainda com a abertura do mercado e mitigação do monopólio da União (EC nº 09/95 e Lei 9.479/97), a Petrobras manteve sua atuação voltada para questão do abastecimento nacional, sendo essa uma das prioridades da empresa, como foi possível observar no final do ano 2011, quando foi necessário o Governo adotar medidas que evitassem crise no abastecimento de combustíveis: a Petrobras junto a ANP e ao Ministério de Minas e Energia foram os responsáveis pela efetivação das medidas governamentais para contornar a referida crise¹¹.

Deve-se reconhecer, portanto, que a Petrobras, por continuar sendo a estatal mais atuante no setor, acaba por arcar o ônus de efetivar políticas governamentais em prol do interesse público e, até mesmo, em detrimento de seus interesses particulares, como a maximização de seus lucros. Para exemplificar, temos como base dados divulgados pela mídia nacional¹² de cálculos feitos pelo Centro Brasileiro de Infra Estrutura, em 2013, a Petrobras chegou a perder 14 bilhões de reais devido a defasagem no preço do petróleo,

¹¹ Para maiores informações sobre as medidas governamentais adotadas no final de 2011, para evitar crise no abastecimento interno de combustíveis, acessar: <http://3ccr.pgr.mpf.mp.br/informativos/governo-adota-medidas-emergenciais-para-evitar-falta-de-combustiveis-no-fim-de-ano>.

¹² VEJA. Defasagem do preço da gasolina fez Petrobras perder R\$ 14 bi em 2013. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/economia/defasagem-do-preco-da-gasolina-fez-petrobras-perder-r-14-bi-em-2013>>. Acesso em: 01 abril 2014.



para que não fosse repassado ao mercado a variação no preço desse produto¹³.

A Lei 9.478/97 tratou de disciplinar a abertura da concorrência no setor *upstream* de petróleo, buscando fortalecê-la. Assim, de um aspecto geral, é possível dizer que referida lei trata de modo igualitário as empresas que desejam participar dos leilões para exploração e produção de petróleo promovidos pela ANP.

Há nessa lei maior destaque a Petrobras, especialmente, devido à alteração no regime concorrencial no setor *upstream*, isto é, do monopólio à livre concorrência. Diante disso, a lei regulou a situação dessa transição, contendo normas que disciplinassem a atuação da estatal brasileira nessa fase, de modo a possibilitar a atuação de outras empresas no setor.

Como exemplo, observa-se que se antes a Petrobras era a única empresa atuante nas atividades de exploração e desenvolvimento, passou, com o art. 33 da referida lei, a ter o prazo de 03 (três) anos para prosseguir com estas atividades nos campos em que tenha realizado descobertas comerciais, tendo, para tanto, que comprovar sua capacidade de investimento. Tais normas, portanto, buscaram equalizar a situação, de forma que a abertura do setor não fosse danosa à estatal brasileira, mas se tornasse interessante à participação de outras empresas.

Contudo, como anteriormente demonstrado, a Petrobras recebeu tratamento diferenciado pela referida lei, para além da fase de transição, especialmente, quanto ao disposto no art. 42, referente à particularidade do caso de empate.

Tendo em consideração o disciplinado por Celso Antônio Bandeira de Mello (2003) aqui destacado, infere-se que o fator considerado como de diferenciação que possivelmente levou à criação deste artigo é a importância da empresa estatal para o setor, isto é, o ônus que a Petrobras carrega diante de sua responsabilidade para com a questão do abastecimento nacional de

¹³ A mídia nacional divulgou, ainda, que “a diferença entre a cotação da gasolina vendida no Brasil pela Petrobras e a comercializada no exterior passou de 17,9% em 2 de julho para 25,3% em 9 de julho, maior patamar desde 28 de agosto de 2012, quando o índice era de 32%. [...] O aumento da defasagem significa que a Petrobras está pagando mais caro pelo combustível e não está repassando essa alta dos custos ao consumidor. A estatal tem feito importações volumosas para acompanhar o crescimento do mercado interno, mesmo com suas refinarias operando a pleno vapor”. VEJA. Defasagem do preço da gasolina chega a 25% e penaliza Petrobras. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/noticia/economia/defasagem-do-preco-da-gasolina-chega-a-25-e-penaliza-petrobras>>. Acesso em: 01 abril 2014.



combustíveis, a qual impulsionou a campanha nacionalista para sua criação e, ainda na atualidade, motiva parcela de suas ações.

Destaca-se, por oportuno, que esse critério de diferenciação é intrínseco a situação e a empresa – desde a sua criação – que se pretende tratar de modo diferenciado. As demais empresas que participam do setor não possuem vínculo com governo de modo a serem responsáveis por efetivar medidas consideradas essenciais por ele.

Assim, a diferenciação disposta no art. 42, levando em consideração o ônus suportado pela Petrobras, a beneficia em casos de empates em leilões realizados pela ANP, justamente, por se tratar de uma empresa estatal brasileira que tem relação direta e importância na questão do abastecimento interno de combustíveis nacionais, como se demonstra ao lembrar sua criação e sua atuação junto a ANP para efetivar medidas governamentais.

Desse modo, de acordo com Celso de Mello (2003, p. 21-22), deve haver relação entre o critério de diferenciação (a essencialidade da Petrobras para o setor) e a disparidade estipulada no tratamento jurídico diversificado (benefício quando da ocorrência de empates em leilões).

Essa relação existe e é claramente perceptível, já que, em caso de empate no leilão, isto é, apresentação de propostas que igualmente sejam benéficas ao Estado, a legislação se inclina a beneficiar, como mero critério de desempate, justamente a empresa que tem responsabilidade em suportar o ônus da indústria nacional para preservar o interesse público, no caso, a Petrobras. Referida norma tende, dessa maneira, a equalizar a situação da estatal brasileira, não particularizando toda sua atuação; concede, apenas, vantagem em um caso específico, justificável diante do ônus intrínseco à estatal. É, pois, uma norma de diferenciação juridicamente aceitável.

Não se pretender defender neste trabalho que é obrigação da Petrobras arcar com todos os ônus da indústria do petróleo, deixando sempre de lado seus interesses particulares. Entende-se a necessidade de que a empresa busque lucratividade de maior participação no mercado. Mas observa-se que a Petrobras é a empresa que o Estado recorre quando há crise no abastecimento interno ou aumento expressivo do valor do barril de petróleo no mercado externo, havendo, com isso, a necessidade de implementar medidas urgentes. Essa responsabilidade está ligada a sua origem, bem como a sua composição acionária, da qual a União faz parte.

Com a descoberta do Pré-sal e a possibilidade de explorá-lo, compreende-se que houve uma alteração no paradigma do setor *upstream* da indústria do petróleo. Como já delineado, do regime de monopólio para



a Lei nº 9.478/97, expandiu-se a possibilidade da participação de diversas empresas no setor; enquanto que da Lei do Petróleo à Lei 10.351/2010, mitigou-se a concorrência no setor, diante da imposição de normas que favorecem a Petrobras, como forma de aumentar a participação nacional na exploração e produção de petróleo.

Referida lei pela poderia ter excluído a participação de diversas empresas nas atividades de exploração e produção de petróleo na região do Pré-sal, defendendo o exercício do monopólio da União apenas pela Petrobras, como possibilita o art. 177 da Constituição Federal, mas não o fez, deixando aberta a possibilidade de concorrência no setor.

Todavia, havendo concorrência, a atuação da Petrobras, como empresa de economia mista, deve respeitar os princípios constitucionais da ordem econômica e seu tratamento deve ser o mais isonômico possível em comparação às demais empresas interessadas em participar do setor.

Ocorre que, como já destacado, a Lei nº 12.351/2010 traz normas que diferenciam a atuação da Petrobras da atuação das demais empresas na região do Pré-sal. Cabe dizer que o fator considerado como critério de diferenciação nos artigos da supracitada lei que concede benefício à Petrobras é o mesmo, qual seja a essencialidade da empresa estatal para a questão do abastecimento interno de combustíveis, bem como a responsabilidade que a é inerente diante das propostas do Governo em direcionar o setor.

Já as disparidades específicas estipuladas em cada um desses artigos podem ser sintetizadas no objetivo estatal de beneficiar a Petrobras em detrimento das demais empresas interessadas em participar do setor. Esses benefícios, contudo, podem ser questionados.

Contudo, o ônus suportado pela Petrobras, diante da responsabilidade histórica que ela tem para com o Estado, não tem clara relação com todas as diferenciações a ela direcionadas, já que a diferenciação contida nos artigos da Lei 10.351/2010 anteriormente mencionados, quais sejam, art. 4, art. 8, I, art. 12, art. 10, III, c, parágrafo único do art. 7 e art. 38, não guardam íntima relação com o fator considerado como critério de diferenciação, ora por acentuar as responsabilidades da Petrobras (necessidade de sua participação em, pelo menos, 30% de todos os blocos do Pré-sal), ora por garantir benefícios que aparentam não estar em conformidade plena com sistema constitucional (ser contratada por dispensa de licitação em completo detrimento da livre concorrência no setor, quanto esta deveria prevalecer e ser impulsionada – já que não há monopólio no exercício das atividades do *upstream*).

Diante dessas normas, a Petrobras é singularizada de modo



definitivo, posto ser taxada como a única empresa a ter possibilidade de executar algumas tarefas no setor (como ser a única operadora em todos os blocos do Pré-sal ou ser a única empresa autorizada a realizar estudos exploratórios necessários para avaliar o potencial de áreas do Pré-sal e as consideradas estratégicas pelo CNPE). Essas normas, portanto, não tratam de atenuar uma diferenciação já existe, equilibrando as relações existentes no setor, mas, ao contrário, acabam acentuando tal diferenciação.

O princípio da isonomia é, portanto, também mitigado em face da Lei nº 12.351/2010, pois apresenta normas de diferenciação que não são justificáveis sob o viés da isonomia, uma vez que estas não promovem tratamento diferenciado visando equilibrar uma diferenciação já existente, mas, ao contrário, promove a ampliação da distinção entre a Petrobras e as demais empresas atuantes no setor *upstream*.

O art. 173, § 3º, da Constituição Federal aduz que deve ser regulamentada por lei a relação entre a empresa pública (no caso a Petrobras como sociedade de economia mista), o Estado e a sociedade. A Lei nº 12.351/2010, ao ampliar a diferenciação da atuação da Petrobras, pode ser vista como uma norma que intensifica a relação dessa estatal com o Estado e a sociedade, uma vez que é possível entender a mitigação do princípio da isonomia como consequência da ponderação deste princípio com o princípio da soberania nacional e a ideia de preservação do interesse público.

5 CONCLUSÕES

As normas que regulam as atividades da indústria do petróleo, em especial, as do setor *upstream*, podem ser caracterizadas, a partir de 1934, pela presença constante da intervenção estatal, passando do completo monopólio à sua flexibilização.

O marco inicial do fortalecimento da indústria petrolífera no país é representado pela criação da empresa estatal Petrobras para atuar, entre outras, nas atividades de exploração e produção de petróleo, as quais são reconhecidas como atividades econômicas permeadas pelo interesse público.

Com a Constituição Federal de 1888, mais precisamente após a Emenda Constitucional nº 09 de 1995, há a possibilidade de a União contratar com empresas estatais ou privadas para realizar atividades do setor *upstream* da indústria de petróleo, observadas condições previstas em lei. Assim, deve lei infraconstitucional disciplinar a interação entre os agentes econômicos no



referido setor.

Do estudo apresentado, infere-se que o princípio constitucional da isonomia é mitigado em face da Lei nº 12.351/2010, que apresenta normas de diferenciação não justificáveis sob o viés da isonomia, devido à ampliação da distinção entre a Petrobras e as demais empresas atuantes no setor *upstream*.

Por oportuno, destaca-se que a mitigação de um princípio constitucional, que ocorre para harmonizar princípios constitucionais em choque diante de um caso concreto, não torna, por si só, uma norma inconstitucional. Isto é, existe a possibilidade de ocorrer a mitigação de um princípio constitucional em face de uma maior concretização de outro princípio diante do caso concreto.

Desse modo, enfatiza-se que esta pesquisa não conclui ser a Lei nº 12.351/2010 inconstitucional, apenas se limita a afirmar que referida norma mitiga o princípio da isonomia. A razão dessa mitigação e a interação da isonomia com outros princípios constitucionais dá ensejo para que sejam realizadas novas pesquisas futuramente.

REFERÊNCIAS

AFONSO DA SILVA, José. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2009.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento** – uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005.

CAMPOS, Adriana Fiorotti. **Indústria do petróleo: reestruturação Sul-americana nos anos 90**. Rio de Janeiro: Interciência, 2007.

COELHO, Wladimir Tadeu Silveira. Monopólio estatal de petróleo no Brasil: a criação da Petrobras. **História, Imagens e Narrativas**, Rio de Janeiro, v. 08,



abr. 2009.

DIAS, José Luciano de Mattos; QUAGLINO, Maria Ana. **A questão do petróleo no Brasil – Uma história da Petrobrás**. Fundação Getúlio Vargas – Petróleo Brasileiro S.A, 1993.

FONTES, Grazielly Anjos; FONTES, Karolina Anjos. **A história do petróleo no Brasil: aspectos históricos e jurídicos acerca da flexibilização do seu monopólio**. *Juris Rationis*, Natal, n. 1, p.73-80, 2013.

MELLO, Rafael Munhoz. Atividade de fomento e o princípio da isonomia. **Revista eletrônica de direito administrativo econômico**, Salvador, nº 21, fev.-abril. 2010.

MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Curso de direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Governo adota medidas emergenciais para evitar falta de combustíveis no fim do ano**. Disponível em: <<http://3ccr.pgr.mpf.mp.br/informativos/governo-adota-medidas-emergenciais-para-evitar-falta-de-combustiveis-no-fim-de-ano>>. Acesso em: 19 mar 2014.

MOURA, Pedro de; CARNEIRO, Felisberto. **Em busca do petróleo brasileiro**. Minas Gerais: Fundação Goerxeix, 1976.

SANTOS NETO, Otacílio dos. O direito regulatório e a eficiência dos mercados regulados: as contribuições da teoria dos jogos. **Constituição e garantia de direitos**, Natal, v. 6, n. 1, 2013.



SERPLAN/Petrobras. **Petrobras 40 anos**. Rio de Janeiro, SERPLAN, 1993.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2009.

TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. 3ª edição. São Paulo: Método, 2011.

_____. Princípios constitucionais. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do. **Tratado de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 396-432.

TOLMASQUIN, Mauricio Tiomno; PINTO JUNIOR, Helder Queiroz (Org.). **Marcos Regulatórios da Indústria Mundial do Petróleo**. Rio de Janeiro: Synergia, 2011.

VEJA. **Defasagem do preço da gasolina chega a 25% e penaliza Petrobras**. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/noticia/economia/defasagem-do-preco-da-gasolina-chega-a-25-e-penaliza-petrobras>>. Acesso em: 01 abril 2014.

VEJA. **Defasagem do preço da gasolina fez Petrobras perder R\$ 14 bi em 2013**. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/economia/defasagem-do-preco-da-gasolina-fez-petrobras-perder-r-14-bi-em-2013>>. Acesso em: 01 abril 2014.

PETROBRAS AND DIFFERENTIAL TREATMENT: THE LIMITS OF EQUALITY IN THE UPSTREAM OIL INDUSTRY

ABSTRACT



The present research analyzes the limits of the constitutional principle of equality in the Brazilian upstream oil industry - which is the exploration and production of that industry. Talks, therefore, about the creation of Petrobras, a state company active in the sector, and about the importance of these activities for the country. Discusses the concept of equality, highlighting the possibility of a differentiated legal treatment so that the principle of equality can be achieved. Examines the privileges granted to Petrobras by the new post “Pré-sal” regulatory mark, emphasizing the mitigation of the constitutional principle of equality.

Keywords: Brazilian oil industry. Equality. Upstream.



UM NOVO PARADIGMA SOBRE AUTONOMIA A PARTIR DA CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Fernanda Holanda Fernandes

Acadêmica do 8º período do Curso de Direito da UFRN
Bacharel em Psicologia pela UFRN

Thiago de Oliveira Moreira

Professor Orientador

RESUMO

Uma nova concepção de pessoas com deficiência foi introduzida pela Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, o que possibilitou a promoção do exercício da autonomia por esses indivíduos, na medida em que substituiu o paradigma exclusivamente médico de tratamento por um modelo biopsicossocial, que considera os fatores ambientais como determinantes das limitações funcionais. Nesse contexto, o presente trabalho objetiva compreender quais as premissas e fundamentos teóricos que integram o conceito de autonomia. Para isso elabora-se a hipótese de que a viabilidade do exercício da autonomia por esse segmento social depende da reformulação das suas bases teóricas, sobretudo a consideração de aspectos essenciais como interdependência e apoio. A fim de fundamentar essa ideia, pretende-se explorar especificamente como esse poder para autodeterminação é uma condição inerente à espécie humana; a distinção entre autonomia

e independência; e a forma equivocada como o Direito concebe esse conceito.

Palavras-chave: Pessoa com Deficiência. Convenção Internacional. Autonomia.

1 INTRODUÇÃO

Os direitos das pessoas com deficiência (PCD) estão sendo defendidos em diversos âmbitos, nas redes sociais, escolas, empresas, nas ruas e, o mais importante, pelos próprios deficientes, que assumiram a direção dos movimentos sociais sobre esse tema. Contudo, nem sempre foi assim, por muito tempo esse segmento social estava restrito a ser objeto de legislações e políticas públicas que lhe diziam respeito mas não atendiam às suas reais necessidades. Visto que estas eram formuladas por terceiros que enxergavam a deficiência, mas não a vivenciavam e o resultado disso era a produção de políticas assistencialistas que ao invés de promoverem a autonomia dessas pessoas as tornavam mais dependentes e indefesas.

Diante desse panorama, considera-se a elaboração da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD) e seu Protocolo Facultativo, ambos de 2006, como o marco da mudança de paradigma na compreensão da deficiência. Porquanto, foi o primeiro tratado internacional específico sobre essa camada da população, apresentando, portanto, dispositivos que abrangem as singularidades desses sujeitos. Ademais, elaborou uma nova definição sobre deficiência, baseada na substituição do modelo exclusivamente médico por uma visão multidisciplinar. Essa nova concepção possibilitou à Convenção reconhecer a autonomia e independência dessas pessoas, inclusive a liberdade para fazer as próprias escolhas.

Dessa forma, a partir da CDPD a emancipação desses indivíduos passou a ser a tônica de qualquer normatização nesse campo. Entretanto, para efetivamente viabilizá-la é preciso entender a natureza dessa autonomia, para traçar estratégias capazes de promover o seu exercício. Em face dessa problemática, se insere a questão: quais os fundamentos teóricos que sustentam essa autonomia e de que modo ela pode ser exercida pelas PCD?

Para responder a indagação, pretende-se abordar especificamente as diferenças entre o paradigma médico e o biopsicossocial de compreensão da deficiência; de que forma este último contribuiu para a promoção da



autonomia das PCD; o conceito de autonomia como elemento da dignidade da pessoa humana; e, por fim, como essa concepção é abordada de forma equivocada pelo Direito. Através dessa perspectiva, objetiva-se demonstrar a hipótese de que a autonomia dos sujeitos com deficiência pode ser entendida como uma construção interpessoal a partir dos conceitos de interdependência e apoio.

A importância dessa produção acadêmica se encontra no fato de que muitos trabalhos científicos se dedicam ao estudo da CDPD, enfatizando a necessidade de superação do modelo de inclusão para o de emancipação. Porém, é necessário que, pautando-se no princípio da igualdade material e no direito à diferença, se especifique a natureza dessa autonomia, tão almejada pelas novas políticas dirigidas a esse grupo de indivíduos.

2 A CDPD E A INTRODUÇÃO DO MODELO EMANCIPATÓRIO DE COMPREENSÃO DA DEFICIÊNCIA

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, 2006, são considerados o marco da mudança de paradigma na compreensão da deficiência. Visto que constitui um tratado internacional voltado exclusivamente para essa parcela da população, apto a atender às suas demandas específicas.

Destaca-se que o grande diferencial da CDPD em relação à legislação anterior se deve ao fato de que 71% do seu conteúdo foi obtido pela contribuição direta de ONGS que levaram para as reuniões de 800 pessoas com deficiência. Como evidenciado, a CDPD colocou em prática os princípios que iriam norteá-la durante o processo da sua própria elaboração, concedendo as PCD autonomia para participar ativamente da formulação da legislação internacional sobre elas.

Assim, foi nesse contexto que surgiu o novo conceito de deficiência, apresentado no art. 1º: “Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de natureza física, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade com as demais pessoas”.

A inovação apresentada por esse dispositivo consiste no reconhecimento do meio ambiente socioeconômico como causa ou fator de agravamento da deficiência, sendo esta considerada como o resultado da interação entre o indivíduo e o meio em que vive. Dessa forma, substitui-se o



modelo médico pelo modelo multidisciplinar que considera uma somatória de fatores na constituição do sujeito e não apenas o aspecto biológico.

Nessa direção, é importante destacar as diferenças entre esses dois constructos teóricos. Segundo Maldonado (2013, p.1100), o paradigma médico enfatiza o tratamento da deficiência orientado para a cura, ou seja, busca-se a melhor adaptação possível da pessoa aos padrões sociais. Nesse caso, ressalta o autor, o problema da deficiência é situado dentro do indivíduo, considerado como resultado exclusivo das limitações funcionais de origem biológica. Em contrapartida, o modelo social coloca ênfase na reabilitação da sociedade, que deve ser concebida e desenhada para fazer frente às necessidades de todas as pessoas e não apenas daquelas que se enquadram nos seus parâmetros.

Corroborando esse pensamento, Schalock (1999) sugere que as limitações só se convertem em deficiência em razão da interação da pessoa com um ambiente que não proporciona o apoio adequado para reduzir suas dificuldades. Nessa perspectiva, o autor salienta que a deficiência deve ser entendida como um conceito fluído, um contínuo com graus de variação de acordo com as possibilidades do meio de oferecer o apoio necessário e potencializar as capacidades individuais.

A partir dessas afirmações, pode-se acrescentar que muitas vezes a deficiência encontra-se no ambiente físico, social ou familiar em aceitar as diferenças individuais e se adaptar a elas. Pois, a espécie humana tem como característica distintiva a diversidade, embora a ideologia dominante se esforce para disseminar a igualdade como uma forma de adequar os sujeitos à ordem social estabelecida.

A partir dessa nova perspectiva, surge a ideia de que as limitações biológicas não devem ser traduzidas, na mesma proporção, em restrições sociais, pois aquelas são inatas, mas estas são impostas e transformam-se em obstáculo para qualquer tentativa de superação.

Esta concepção traduz a noção de que a pessoa, antes da sua deficiência, é o principal foco a ser observado e valorizado. Assim como sua real capacidade de ser o agente ativo de suas escolhas, decisões e determinações sobre sua própria vida. Portanto, a pessoa com deficiência é, antes de mais nada, uma pessoa com uma história de vida que lhe confere a realidade de possuir uma deficiência, além de outras experiências de vida, como estrutura familiar, contexto sociocultural e nível econômico (BRASIL, 2009, p. 44).

Transformar a pessoa no centro do tratamento, ao invés da



deficiência, significa conceder um lugar para a sua história, seus traumas, seus anseios, sua relação com os outros, bem como a influência desse conjunto de fatores sob a deficiência física, sensorial ou mental. Destarte, emerge como direitos fundamentais das PCD não apenas acessibilidade aos locais, ao trabalho digno, atenção à saúde, não discriminação etc. Mas também, direitos que promovem a autonomia e a liberdade para fazer suas próprias escolhas, produzindo um novo modelo teórico sobre a deficiência, que não está mais restrito ao tratamento médico, mas voltado para promover a emancipação desses sujeitos.

2.1 Promoção da autonomia das PCD através da convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência

Buscando efetivar o modelo biopsicossocial sobre a deficiência, pautado na emancipação, a referida Convenção apresenta a autonomia como um dos seus princípios norteadores e, nesse sentido, apresenta vários dispositivos que concedem direitos antes inimagináveis para pessoas com limitações funcionais.

Dentre esses direitos encontra-se a sexualidade, que segundo Schaaf (2011, p.116), até aproximadamente 20 anos atrás, era abordada de forma distorcida, pois os estudos consideravam que tais indivíduos eram uma ameaça porque possuíam uma hiper-sexualidade, enquanto outros defendiam que tais pessoas eram assexuadas e primavam pela defesa destas contra abusos e explorações sexuais.

Contudo, a partir da CDPD, compreendeu-se que a sexualidade não pode ser negada às pessoas com deficiência, pois faz parte da natureza humana e é possível o seu exercício por elas de uma forma saudável, desde que seja concedido o auxílio necessário. Nessa direção, o art. 8º, b, determina como obrigação dos Estados-Partes combater estereótipos, preconceitos, inclusive aqueles relacionados ao sexo; garantir as pessoas com deficiência a conservação da sua fertilidade (art. 23, c); oferecer às pessoas com deficiência programas e atenção à saúde, gratuitos ou a custos acessíveis, inclusive na área de saúde sexual e reprodutiva (art. 25, a).

Como decorrência do direito a sexualidade, surge também a garantia para as PCD de poder constituir uma família, como postula o art. 23 sobre o direito de constituir, manter e planejar a família por pessoas com deficiência; preservação do direito à filiação natural ou adotiva, bem como os cuidados inerentes à guarda aos pais com deficiência.



Nesse diapasão, Ferraz (2012, p. 329) defende o direito das PCD a um agrupamento familiar como um direito fundamental inerente à natureza do homem, que se constitui como um ser gregário movido pelas trocas afetivas. Estas, segundo a autora, não são afetadas pela deficiência e, portanto, é necessário distinguir a capacidade civil para os atos negociais do exercício dos atos exclusivamente existenciais.

Nesse âmbito, o tratado em estudo apresenta dispositivos acerca do instituto da tutela e da curatela, buscando preservar a autonomia das pessoas tuteladas ou curateladas, o art. 12 discorre acerca do reconhecimento igual da capacidade jurídica para a fruição dos direitos e para o exercício dos atos jurídicos por todas as pessoas com deficiência, inclusive mental ou sensorial, devendo ser respeitada a sua capacidade de decisão, garantindo-se proteção por meio da tutela ou da curatela em caráter suplementar.

Assim, a CDPD estabelece como dever dos Estados-Partes adotar medidas para prover o apoio que as PCD necessitam para o exercício de sua capacidade legal e assegurar que tais medidas respeitem a vontade e as preferências do indivíduo, sendo condizentes com as circunstâncias pessoais, aplicadas pelo período mais curto possível e submetidas à revisão regular por uma autoridade ou órgão judiciário.

Como observado, a Convenção é coerente com o seu propósito “promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente”. (art. 1º da CDPD).

Nessa esteira, destaca-se que não se trata de criar novos direitos para essas pessoas, mas sim garantir a elas o exercício de direitos considerados universais, inerentes ao ser humano. Dessa forma, o foco dessas garantias deve ser o sujeito e não a deficiência, pois esta é uma construção social e enquanto tal é passível de desconstruções e reconstruções.

Em face disso, a CDPD não se limita a assegurar o tratamento médico ou social, ela tem como objetivo também promover o desenvolvimento desses sujeitos enquanto pessoas, primando pelo desenvolvimento das suas potencialidades. Nessa direção, o art. 26 prevê como dever dos Estados-membros promover alternativas para que as pessoas com deficiência conquistem e conservem o máximo de autonomia e plena capacidade física, mental, social e profissional, bem como inclusão e participação em todos os aspectos da vida.

É importante sublinhar que o tratado em questão assegura uma



autonomia ampla, não limitada apenas à esfera pessoal, mas inclui também a autonomia para a participação política e social, contribuindo para o exercício da cidadania por essas pessoas. Nesse sentido, Dhanda (2008, p. 49) considera que uma das grandes mudanças operadas pela CDPD foi o reconhecimento de um regime de direitos civis e políticos para esse segmento social.

A autora observa que a ausência de tais direitos colaborou sobremaneira para a abordagem assistencialista. Porquanto, os direitos sociais e econômicos são implementados progressivamente, sujeitos à disponibilidade dos recursos e esse caráter gradual os torna constantemente negociáveis. Enquanto os direitos civis e políticos, por terem as características de disponibilidade imediata, possuem uma aparência de não-negociáveis e permitem que seus detentores os afirmem sem ficar na defensiva ou envergonhar-se.¹

Além disso, Dhanda (2008, p.50) ressalta as lições úteis trazidas pela CDPD sobre o direito de participação, na medida em que torna uma obrigação geral dos Estados a consulta às PCD sobre todas as políticas e leis que as afetem. Esse dever estatal transformou o slogan “nada em relação a nós sem nós” de um hino de campanha num princípio imprescindível dos direitos das pessoas com deficiência.

Como evidenciado, a legislação internacional em estudo não se limita a declarar a autonomia como um direito de forma genérica, ele especifica como esta pode ser alcançada e define os mecanismos para garantir o seu exercício. Elabora-se, assim, o modelo emancipatório da deficiência cujo objetivo não é apenas incluir essas pessoas nos espaços sociais, mas também assegurar sua participação plena na sociedade, da maneira que ela deseja e não através de formas pré-estabelecidas. Assim, não basta poder ir à escola, a PCD deve ter a faculdade de escolher a escola onde deseja estudar. Pois, compreende-se a autonomia como a capacidade de escolher livremente as regras da própria vida e nesse sentido consiste em elemento essencial a dignidade da pessoa humana.

¹ Para Dhanda (2008, p. 49), um dos grandes méritos da CDPD foi reivindicar a indivisibilidade dos direitos, ao fazer uma conexão entre direitos políticos e civis e desenvolvimento de infraestrutura. Uma vez que o processo de reconhecimento dos direitos das pessoas com deficiências determinou a criação de direitos híbridos, quando, por exemplo, se reconhece o direito de manifestação e expressão para essas pessoas, é preciso tomar medidas para haver modos de comunicação alternativos, pois sem isso esse direito não é realmente efetivado. Dessa forma, a autora evidencia a inadequação das doutrinas que classificam os direitos humanos em categorias estanques.



3 AUTONOMIA COMO ELEMENTO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

É imprescindível sublinhar que a nova visão sobre deficiência, pautada no modelo biopsicossocial, possibilitou a mudança do paradigma assistencialista para o emancipatório na medida em que reconhece os obstáculos do meio ambiente como fatores de limitação do desenvolvimento das PCD. Sob essa ótica, se apresenta a ideia de que havendo o aporte necessário e adequado, esses sujeitos podem ampliar suas potencialidades. Dentre estas, a autonomia está incluída, uma vez que ela é inerente à condição humana, não estando ausente nas pessoas com deficiência, mas apenas não sendo estimulada. Nessa direção, considera-se a premissa de que a autonomia é um elemento da dignidade da pessoa humana e, portanto, não pode ser negada a qualquer ser dessa espécie.

Nesse sentido, Ingo Sarlet (2010, *apud* LEITE, 2012, p.62) inclui a autonomia como elemento essencial da dignidade, ao defini-la como uma qualidade inerente ao ser humano que o torna titular de um complexo de direitos asseguradores do não tratamento desumano ou degradante, bem como garantidor das condições existenciais mínimas para uma vida saudável, promovendo a participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em sociedade.

Dessa forma, considera-se que até mesmo os sujeitos com transtornos mentais devem ter mantida a sua autonomia, com o auxílio necessário. Porquanto, a capacidade de desejar livremente não está necessariamente atrelada a racionalidade enquanto percepção lógica. A corroboração desse pensamento encontra respaldo na doutrina de Comparato (2001, p.55), este parte das ideias de Kant para argumentar a flexibilização da racionalidade como característica essencial do homem.

Kant caracteriza a dignidade humana através do seu valor absoluto que não comporta equivalente, ao contrário das coisas passíveis de substituição por um preço. Para Comparato (2001, p.64), tal pensamento demonstra ser o homem o único animal capaz de dirigir suas ações em função de finalidades racionalmente percebidas e livremente desejadas e, portanto, não pode servir de meio para qualquer fim, pois ele é um fim em si mesmo.

Porém, o autor ressalta que essa racionalidade para autodeterminação das próprias ações deve ser entendida, sobretudo, no aspecto reflexivo, visto que a singularidade eminente do ser humano é a aptidão para tomar a si mesmo como objeto da própria reflexão. Esta se traduz na qualidade de autoconsciência, ou seja, consciência da própria subjetividade, nesse aspecto,



destaca-se a autonomia como produto dessa autoconsciência.

É importante acrescentar que mesmo nas pessoas com transtornos mentais, que podem interpretar a realidade de forma distorcida, a percepção é objeto de uma autorreflexão, pois o sujeito reage aos estímulos ambientais conforme seus pensamentos e sua consciência destes. Assim, enquanto os animais agem em obediência aos ditames dos instintos, o homem é capaz de domar seus impulsos naturais e a eles sobrepor sua vontade, ainda que esta seja incompatível com os padrões sociais. Essa racionalidade mínima está presente em todo ser humano, pois é uma qualidade dessa espécie.

É imprescindível salientar a distinção entre essa capacidade para dirigir as próprias ações de acordo com os pensamentos e a racionalidade lógica, pensamento compatível com os dados da realidade, que nas pessoas com transtorno mental pode estar prejudicada. Nessa esteira, é preciso situar a autonomia como a “faculdade de escolher livremente os seus próprios fins, em razão da capacidade para apreciar valores – éticos, utilitários, estéticos, religiosos.” (COMPARATO, 2001, p.65). Assim, cabe a indagação: como seria possível para as pessoas que possuem alguma deficiência no pensamento racional exercer a autonomia?

A resposta encontra-se nas considerações de Comparato (2001, p.65) sobre a impossibilidade de fundar uma ética em valores puramente formais e a necessidade de seus fundamentos serem percebidos em preferências axiológicas concretas, estabelecidas também pela emoção e pelo sentimento. Dessa forma, pode-se concluir que a autonomia não depende exclusivamente da racionalidade lógica para ser exercida, é possível uma relativização do aspecto racional, visto que no homem não existe uma razão pura apartada dos demais elementos psíquicos.²

Em face desses argumentos, é necessário que as ciências jurídicas relativizem a ideia de autonomia baseada apenas na razão consciente e considere a existência de um sujeito constituído socialmente. Nessa direção, Costa (2008, p.155) alerta para o fato de que o indivíduo se encontra num

² O pensamento “racional” é extremamente limitado por motivos simples: as opções, para as mínimas coisas, são virtualmente infinitas; somente critérios emocionais permitem a tomada de decisão. A razão atua sobre o limitado leque de opções disponibilizado pela emoção. A emoção conduz literalmente o pensamento. Somente se consegue “ser racional” dentro de parâmetros emocionalmente aceitáveis (FIORELLI, 2009, p.35). Nesse contexto, acrescenta-se que uma redução do pensamento racional, nem sempre pode ser interpretada como uma ausência de capacidade decisória.



processo dialético de transformar e ser transformado pela sociedade com suas instituições e normas. O autor ressalta que tal concepção não representa uma apologia irracionalista, mas sim a possibilidade de uma significação dinâmica da razão através da percepção das suas múltiplas dimensões.

Ao encontro dessas ideias, Castoriadis (1987, *apud* COSTA, 2008, p.155) redefine o conceito de autonomia considerando-a como uma atividade de equilíbrio entre dois termos não redutíveis do Eu e do Outro. Em virtude disso, a situação de autonomia individual, no sentido de autossuficiência, é apenas instrumental, porque se deve reconhecer o papel do Outro na constituição do sujeito. O autor sublinha que este Outro, no plano social, é a sociedade inteira, assim a autonomia implica a relação de equilíbrio entre o sujeito e as instituições que o conformam.³

Tal ideia também se encontra nas considerações de Cohen e Salgado (2012, p. 227):“(...) Autonomia é a capacidade de livre arbítrio quanto a regência de seu próprio destino (...) , concedida pouco a pouco, por parâmetros biológicos e de convívio social, que afastam os seres humanos dos animais e criam os contornos de sua personalidade (COHEN E SALGADO, 2012, p. 227).

Em face desse panorama, se elabora a ideia de que a autonomia pode ser compreendida como uma construção interpessoal, na medida em que alguém só consegue exercer o seu poder de fazer as próprias escolhas, a partir do reconhecimento da sociedade da sua capacidade e da oferta de oportunidades para que isso seja feito. Enquanto as PCD forem vistas como dependentes e não for concedido a elas espaço para falarem sobre si mesmas, sobre seus desejos, elas continuarão na posição de passividade, na qual amigos e parentes dirigem suas vidas.

Corroborando esse pensamento, a teoria do reconhecimento de

³ Fernandes (2000, p. 41) elucida que o Outro corresponde a uma dimensão transindividual, que remete a ordem da linguagem como preexistente e condicionante do fenômeno humano, inserindo o indivíduo no mundo simbólico muito antes que dele surja a palavra articulada. Pois o ser humano já nasce imerso na dimensão da linguagem, o recém-nascido é objeto das palavras dos pais e é a partir delas que se constitui como sujeito. Dessa forma, o Outro significa o “alocutário fundamental” de toda mensagem, lugar onde as palavras tomam sentido. Trata-se de um lugar terceiro, enquanto código de referência situado entre o falante e o ouvinte de um discurso. A partir disso, observa-se que, desde a sua constituição como sujeito, o ser humano depende do seu semelhante e o seu desenvolvimento ocorre também através dessa interdependência.



Honneth (1994, *apud* por VICENZI, 2010, p.105) compreende o indivíduo como dependente da aquiescência intersubjetiva dos seus semelhantes. O autor frisa que quando a confirmação social não ocorre, a consequência é o surgimento de uma lacuna psíquica na personalidade. A razão disso é a dependência constitutiva do ser humano da experiência com os outros para alcançar suas capacidades e realizações. Nesse sentido, destaca-se:

A pessoa adquire a sua identidade no discurso com o outro: através do seu olhar, de uma segunda pessoa que fala comigo na primeira pessoa, eu me torno consciente não apenas como um sujeito vivenciando algo, mas, ao mesmo tempo, como um Eu consciente. Os olhares subjetivados do outro possuem uma força individualizante (HABERMAS, 2005, *apud* VICENZI, 2010, p. 104).

Como evidenciado, o homem constrói a sua identidade através do discurso do outro, da maneira como a sociedade o enxerga. Nesse sentido, destaca-se a importância de considerar a deficiência como parte da diversidade da espécie humana e compreender que as dificuldades biológicas podem ser superadas através da adaptação do ambiente físico e social. Considerando que este último exerce um importante papel na constituição do sujeito, ao reconhecer suas necessidades e estimular o seu potencial. Assim, é a partir desses estímulos externos que a pessoa constrói a sua percepção sobre o mundo e sobre si mesma.

Dessa forma, sublinha-se que não cabe ao Direito apenas tutelar a capacidade de discernimento das pessoas para a prática dos atos da vida civil, protegendo assim o seu patrimônio. Como observa Vicenze (2010, p. 107), é papel do ordenamento jurídico também proteger a liberdade individual, a capacidade do sujeito de refletir sobre si mesmo e construir a sua visão de mundo, pois é através dessa faculdade que pode o sujeito completar o seu próprio direito e definir as suas pretensões jurídicas.

Acrescente-se que o sistema normativo assegura direitos genéricos que só podem ser concretizados através de um sujeito que transforma essa regra geral em um anseio individual por justiça, acionando o judiciário para satisfazer a sua pretensão.⁴ Nesse âmbito, Luhman (2005 *apud* VICENZI, 2010,

⁴ Nesse contexto cabe destacar as considerações de Silva (2010, p.10) sobre a distinção entre direito objetivo e subjetivo. Para o autor, Direito objetivo é aquele que o Estado ordena, proíbe ou estatui, se traduz na norma de ação ditada pelo poder público, seria



p.107) salienta que “ter pretensões” é o que define o sujeito, ou seja, um ser “desejante” que está sempre em busca de algo, inclusive de se auto-definir.

Assim, ressalta-se que nenhum ser humano consegue viver sem objetivos, por mais banais que possam parecer, é a capacidade para desejar que o mantém lutando pela sobrevivência. Assim, pode-se concluir que existe uma autonomia inerente ao homem, enquanto um ser habitado por desejos e objetivos, que não pode ser retirada das PCD sob pena de violar a sua dignidade.

4 UMA AUTONOMIA POSSÍVEL PARA AS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

É importante destacar que a garantia da autonomia como direito fundamental da pessoa humana, através do sistema normativo, não é suficiente para promover o seu exercício pelas PCD. É necessário transformar a legislação em realidade e isso só pode ser feito através de políticas públicas fundamentadas em premissas doutrinárias que considerem a singularidade desses sujeitos.

Destarte, será possível evitar a postura de defender uma autonomia para esses indivíduos apenas no plano teórico. Nessa direção, a priori, é imprescindível delimitar o conceito de autonomia, compreendendo a sua relatividade, a diferença entre autonomia e independência e a sua natureza dinâmica, enquanto aptidão que pode ser aprendida e desenvolvida.

Forgiarini (2012, p. 57) observa a raiz etimológica da palavra autonomia que significa o poder de dar a si a própria lei, *autos* (por si mesmo) e *nomos* (lei). Contudo, este poder não é absoluto e ilimitado, ou seja, não é sinônimo de autossuficiência. Visto que, segundo o autor, o exercício da autodeterminação deve ser compreendido dentro de uma esfera particular, cuja existência é garantida dentro dos limites que a distinguem do poder dos outros, mas não é incompatível com as outras leis. Depreende-se das considerações do autor que a autonomia é o poder para se autodeterminar em face das demandas sociais e da autodeterminação das outras pessoas,

o iusesst. Enquanto o Direito subjetivo abrange o poder de ação contido na norma, a faculdade de exercer em favor do indivíduo o comando do Estado, definindo-se *ius facultas agendi*. Dessa forma, ressalta-se que o direito não pode existir sem um sujeito que o exerça. Portanto, ao se garantir direitos as PCD não se pode negar a sua condição de sujeitos.



sendo, portanto, um ponto de equilíbrio entre seres autônomos que estão em interação.

Sob esse prisma, Dhanda (2008, p. 47) defende o poder de autodeterminação como não baseado no paradigma da autossuficiência, mas sim na interdependência. Este possibilita a contiguidade entre capacidade e apoio, pois, como explica a autora nessa perspectiva, uma pessoa com deficiência não precisa ser declarada incapaz para obter auxílio, bem como a necessidade de apoio não é motivo para concluir a inexistência de capacidade.

Nessa direção, Dhanda (2008, p. 50) considera o modelo da CDPD emancipatório porque permite que uma pessoa possua déficits sem se sentir diminuída, ao reconhecer o fato de que os seres humanos não podem prescindir uns dos outros, fato evidenciado pelos estágios da infância, adolescência, velhice e doença que são indicadores da vulnerabilidade humana.

Assim, compreende-se que existe uma autonomia inerente ao ser humano em razão da sua condição de detentor de vontade, objetivos e da sua capacidade de autorreflexão. Entretanto, esta deve sempre ser entendida como relativa, visto que também é uma condição do homem depender do seu semelhante para viver, inclusive para constituir-se como sujeito. Destarte, é imperioso adotar como premissa a ideia de que a necessidade de apoio é uma constante na espécie humana e não uma exceção, pois assim será mais fácil aceitar o modo peculiar como as PCD podem desfrutar da sua autonomia sem considerá-las menos capazes.

Na direção desse pensamento, Cordeiro (2009) explica que o grau de autonomia varia conforme a pessoa tenha maior ou menor controle sobre os diversos ambientes físicos e sociais, sem necessitar da ajuda de terceiros para atingir seus objetivos. É oportuno destacar que esse controle sobre o ambiente não está relacionado apenas com a espécie de deficiência, mas também as condições que esse ambiente oferece para que o sujeito se adapte a ele.⁵

Assim, o nível de autonomia não pode ser concebido como estático, pois está sujeito a variações conforme as condições ambientais e pessoais do indivíduo. Vale salientar que a autonomia está intrinsecamente ligada ao conceito de independência, mas com ela não se confunde. Como afirma

⁵ Nesse diapasão, Sassaki (2006, apud Cordeiro, 2009) explica que uma pessoa pode ser autônoma para descer de um ônibus ou atravessar uma rua sem ajuda de ninguém, enquanto outra precisaria de auxílio para transpor os obstáculos desse espaço. Entretanto, isso não significa que a primeira seja mais autônoma do que a segunda, ela o é nesse ambiente, que oferece essas condições.



Sassaki (2006) independência indica “(...) a faculdade de decidir sem depender de outras pessoas (...)” (SASSAKI, 2006, p. 35, *apud* Cordeiro, 2009).

Para Cordeiro (2009), a possibilidade de alguém ser independente está relacionada à autodeterminação e, ou, prontidão para tomar decisões em face de determinadas circunstâncias.⁶ Vale ressaltar que a postura independente é uma posição subjetiva, na qual o sujeito se permite fazer suas próprias escolhas, mesmo que não tenha autonomia para executá-las sozinho, ele tem a capacidade de decidir o que deseja fazer e com o apoio de outras pessoas pode efetivar seus objetivos.

Porém, saliente-se que a deficiência pode despertar nos familiares, amigos e cuidadores uma superproteção em relação à PCD, que contribui para colocá-la numa posição de dependência, visto que geralmente as pessoas passam a enxergar a pessoa com deficiência como alguém frágil e desejam evitar que ele se frustre ou sofra. Contudo, esse tratamento assistencialista só provoca mais dependência, levando a uma despersonalização dos sujeitos que desistem de expressar seus anseios.

Nesse contexto, Sassaki (2004 *apud* Cordeiro, 2009) ressalta que a autonomia é uma condição inerente ao ser humano que precisa ser desenvolvida e estimulada nas PCD, pois não é um poder que se possa outorgar a alguém, ele está em cada um desde o nascimento, mas precisa ser desenvolvido.

Dessa forma, considera-se que a promoção da autonomia é a maneira mais adequada para se alcançar uma inclusão efetiva, visto que a legislação pode instituir mecanismos para inclui as pessoas com deficiência nas empresas, escolas, garantir a acessibilidade dos edifícios etc. Porém, somente as próprias pessoas com deficiência podem conquistar confiança e autodeterminação para interagir com os demais e participar plenamente da sociedade.

⁶ Para esclarecer a distinção entre os conceitos autonomia e independência, a autora cita o seguinte exemplo: “pessoas que têm comprometimento motor significativo e não têm autonomia para escovar os dentes sozinhas, mas que têm independência, pois escolhem o horário em que fazem sua higiene bucal, o creme dental que utilizam etc. (...) essas pessoas têm um grau de autonomia baixo, entretanto vivem sua independência em um nível bastante alto.” (CORDEIRO, 2009). Assim, fica esclarecido que o poder de decisão pode ser colocado em prática mesmo em face das limitações físicas.



5 CONCLUSÕES

A partir do exposto, pode-se concluir que a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência representou a instituição de um novo paradigma no tratamento desses sujeitos, baseado na promoção da autonomia. Esta se torna possível na medida em que se passa a considerar os fatores sociais e psicológicos na determinação da deficiência, admitindo que existem alternativas para adaptar o ambiente e trabalhar as potencialidades das PCD para que os obstáculos e preconceitos sejam superados.

Entretanto, observa-se que o exercício da autonomia por essa parcela da população não se concretiza apenas através do sistema normativo, sendo necessário compreender suas premissas e o seu alcance. Nesse sentido, ressalta-se que para essa autonomia ser viável, é necessária a sua ressignificação pela sociedade e pelo Direito. A premissa fundamental a ser enfatizada é que embora existam vários graus de autonomia, existe uma parcela mínima desta presente em todo ser humano, pois diz respeito à capacidade de agir conforme os pensamentos e não apenas guiado pelos instintos.

Ademais, deve-se considerar que esse poder para autodeterminação não é sinônimo de autossuficiência, mas sim de uma construção interpessoal, pois através da relação com os outros a pessoa com deficiência pode se constituir enquanto sujeito capaz de desejar e ter seus próprios objetivos, encontrando nessa interação o apoio necessário para fazer as próprias escolhas e o auxílio para executá-las.

Por fim, acrescenta-se que a partir dessa nova visão acerca da deficiência é possível a implantação efetiva de um modelo capaz de promover a emancipação desses indivíduos e não somente a assistência médica ou social, visto que mais importante do que cuidar é preparar para a vida e ensinar a essas pessoas a cuidarem de si mesmas.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Decreto-Lei nº 6.949, de 25 de agosto de 2009.** Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007/2010/2009/Decreto/D6949.htm>. Acesso em: 29 de maio. 2013.



_____. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. **Direitos sexuais e reprodutivos na integralidade da atenção à saúde de pessoas com deficiência**. Brasília: Ministério da Saúde, 2009.

COHEN, Claudio; SALGADO, Maria Teresa Munhoz. Reflexão sobre a autonomia civil das pessoas portadoras de transtornos mentais. **Revista Bioética**. Vol. 17, n. 2, 2012. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewArticle/163>. Acesso em: 17 set. 2013.

COMPARATO, Fábio Konder. Fundamentos dos Direitos Humanos. **Revista jurídica Consulex**. Ano IV, v. I. n. 48, p. 52-61, 2001.

CORDEIRO, Mariana Prioli. Ativismo e deficiência: um estudo sobre os repertórios que dão sentido à vida independente. **Psicologia em revista**. vol.15 , n.2, ago. 2009. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1677-11682009000200008>. Acesso em: 15 abril. 2014.

COSTA, Paulo Sérgio Weyl A. Para uma crítica à ideia de sujeito (do direito) contemporâneo. In: COSTA, Paulo Sérgio Weyl A. e. et al. **Direitos humanos em concreto**. Curitiba: Juruá, 2008.

DHANDA, Amita. Construindo um novo léxico dos direitos humanos: Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiências. **Revista Internacional de Direitos Humanos**. Ano 5, n. 8, jun. 2008. Disponível em: <http://www.surjournal.org/conteudos/getArtigo8.php?artigo=8,port,artigo_dhanda.htm> Acesso em: 17 set. 2013.

FERRAZ, Carolina Valença. O direito das pessoas com deficiência nas relações familiares. In: FERRAZ, Carolina Valença. et al. (Cord). **Manual dos Direitos das Pessoas com Deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2011. Cap. I, p. 19- 31.



FERNANDES, Lia Ribeiro. **O Olhar do Engano: Autismo e Outro primordial**. São Paulo: Escuta, 2000.

LEITE, Glauber Salomão. O regime jurídico da capacidade civil e a pessoa com deficiência. In: FERRAZ, Carolina, Valença. (Cord) et al. **Manual dos Direitos das Pessoas com Deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2012. Parte III, Cap. 4. P.302-321.

MALDONADO, Jorge A. Victoria. Hacia um modelo de atención a la discapacidad basado en los derechos humanos. **Boletín Mexicano de derecho comparado**. v.XLVI, n. 138, p. 1093-1109, 2013. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/boletin/cont/138/art/art8.pdf>> Acesso em: 03 dez. 2013.

SILVA, Caio Mário da. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2010.

PEREIRA, Susana. Autonomia e Respostas Sociais. **Revista Integrar**, vol.3, n. 21-22, 2003-2004. Disponível em: <http://www.iefp.pt/iefp/publicacoes/Integrar/Documents/INTEGRAR_21-22.pdf#page=31>. Acesso em: 14 abril. 2014.

SCHAAF, Marta. **Negociando Sexualidade na Convenção de Direitos das Pessoas com Deficiência**. Revista Internacional de Direitos Humanos. v. 8, n. 14, 2011. Semestral. Disponível em: <http://www.surjournal.org/conteudos/getArtigo14.php?artigo=14,artigo_06.htm>. Acesso em: 20 ago. 2013.

SCHALOCK, Roberto. L. Hacia una nueva concepción de la Discapacidad. In: **JORNADAS CIENTÍFICAS DE INVESTIGACIÓN SOBRE PERSONAS CON DISCAPACIDAD UNIVERSIDAD DE SALAMANCA**, 3, 1999, Espanha. Disponível em: <<http://campus.usal.es/~inico/investigacion/jornadas/jornada3/actas/conf6>>. Acesso em: 24 nov. 2013.



VICENZI, Brunela Vieira de. Guinada Semântica: Indivíduo, Pessoa, Individualismo, Individualização e Sujeito de Direitos Fundamentais. In: NALINI, J. R. E CARLINI, A. (coord). **Direitos humanos e formação jurídica**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.

FIORELLI, José Osmir; RAZAZZONI, Rosana Cathya. **Psicologia Jurídica**. São Paulo: Atlas, 2009.

A NEW PARADIGM ON AUTONOMY FROM THE INTERNATIONAL CONVENTION ON THE RIGHTS OF THE PERSON WITH DISABILITIES

ABSTRACT

A new conception of people with disabilities was introduced by the International Convention on the rights of persons with disabilities, which allowed the promotion of the exercise of autonomy by these individuals, to the extent that replaced the paradigm treatment by a doctor only model to a biopsychosocial that considers the environmental factors as determinants of functional limitations. In this context, the present study aims to understand which assumptions and theoretical foundations of the concept of autonomy, for it draws up the hypothesis that the viability of the exercise of autonomy for that group of individuals depends on the reformulation of their theoretical bases, especially considering such essential aspects as interdependence and support. In order to substantiate that idea, we intend to explore specifically how that power for self-determination is a condition inherent in the human species; the distinction between autonomy and independence; and how misguided the Law



conceives this concept.

Keywords: Person with a disability. International Convention. Autonomy.



UM PARALELO ENTRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O DIREITO À PRIVACIDADE: A QUESTÃO DAS BIOGRAFIAS

Beatriz Costa Rodrigues Farias

Acadêmica do 5º período do Curso de Direito da UFRN

Gabriela Mariel Moura de Azevedo

Acadêmica do 4º período do Curso de Direito da UFRN

RESUMO

A polêmica sobre a necessidade da prévia autorização do biografado para a publicação de biografias suscitou no mundo jurídico o ressurgimento da antiga discussão sobre os limites da liberdade de expressão quando confrontados com o direito à privacidade. Esse estudo traz, portanto, uma análise da constitucionalidade de uma possível medida que promulgue a necessidade de uma licença anterior à publicação da biografia para que esta possa ser lançada. Alçando-se nos critérios da proporcionalidade para o desenvolvimento da arguição constitucional. Para tanto, traz à luz as duas facetas do direito à privacidade – distinguindo-o da esfera que engloba o direito à intimidade. Bem como, faz uma apreciação sobre o desenvolvimento do direito à liberdade de expressão no ordenamento jurídico brasileiro conforme neoconstitucionalismo de 1988.

Palavras-chave: Liberdade de expressão. Direito à intimidade. Biografias. Prévia autorização. Neoconstitucionalismo.

“Só a liberdade plena, sob austeras cominações contra os abusos cometidos em nome dela, remove o perigo das definições arbitrárias, no precisar onde acaba para os cidadãos o direito de deliberar em comum, e onde começa para o Estado o de conservar-se, e defender-se a si mesmo, as prerrogativas às instituições cometidas à sua guarda”.
(Rui Barbosa)¹

1 INTRODUÇÃO

Muito tem sido dito no âmbito jurídico a respeito da publicação de biografias não autorizadas, com enfoque no Projeto de Lei (PL) 393/2011, o qual visa alterar o artigo 20 do Código Civil brasileiro, permitindo a expressa permissão para a publicação de biografias sem a necessidade de autorização do biografado. Dessa discussão, então, destaca-se o nítido conflito entre dois direitos fundamentais: a proteção do direito à liberdade de expressão e de informação (art. 5º, IV, V, IX, XIII e XIV e art. 220, §§ 1º e 2º da Constituição Federal do Brasil), e o direito à privacidade (art. 5º, X, da Constituição Federal).

Destarte, algumas celebridades, bem como uma parcela de juristas², defendem a ideia de que a autorização prévia do biografado ou de seus herdeiros é necessária para impedir violações à privacidade ou à reputação, com fulcro na proteção aos direitos da personalidade. Tendo em vista que os livros não autorizados poderiam divulgar informações inverídicas e, até mesmo, situações as quais exporiam a intimidade e honra dos indivíduos biografados. Tais pessoas públicas estão, hoje, unidas ao grupo nomeado de “Procure saber”, o qual luta para a não aprovação do PL 393/2011, apelidado de “Lei das Biografias”.

No entanto, a possível inconstitucionalidade da censura prévia ao

¹ Tal trecho é intitulado “O Arrocho”, e foi publicado no volume 16 da coleção “Obras Completas de Rui Barbosa”, publicada em 1889.

² Dotado de opinião favorável à autorização prévia para a publicação de biografias está o professor, articulista e advogado Arthur Rollo. (ROLLO, Arthur. Obrigatoriedade de autorização prévia para publicação de biografias: admissibilidade. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/obligatoriedade-de-autorizacao-previa-para-publicacao-de-biografias-admissibilidade/12735>>. Acesso em: 15 de abril de 2014.).



material biográfico deve ser debatida. Afinal, conforme Carta Magna brasileira – no parágrafo 6º do seu artigo 220 –independe da licença de autoridade, a publicação de meio impresso de comunicação. Conforme tal entendimento, e decorrente da proteção constitucional à livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, os biógrafos e suas editoras entendem que a exigência de tal consentimento expresso como condição para a publicação de biografias levaria ao fim desse gênero literário, de importância histórica e informativa. Fato, também, que descumpriria a determinação constitucional que, expressamente, veda a cesura (art. 5º, IX, CF).

A partir desse embate, então, o presente estudo busca analisar, com base nos critérios da proporcionalidade, sobre a possível inconstitucionalidade da prévia autorização para o lançamento de biografias.

2 DO DIREITO À INTIMIDADE E PRIVACIDADE

Não obstante, devido à relevância desse tema e para melhor aplicação do Direito, cabe melhor explicar o intuito do art. 5º, X, da Carta Magna brasileira, o qual promulga, *ipsis litteris*: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.” Vê-se, portanto, claramente, que esse inciso tutela o direito à privacidade. No entanto, quando nos deparamos com o *caput* do dispositivo normativo em apreço percebemos que não há menção a tal direito fundamental.

Com vistas a explicar esse fato, surgem duas perspectivas distintas: há doutrinadores, a exemplo de José Afonso da Silva(1992, p. 188), que acreditam na inserção do direito à privacidade dentro do “direito à vida”, o qual está mencionado no *caput* do artigo 5º da Carta Constitucional Brasileira. Dessa forma, o inciso X visaria unicamente à defesa da privacidade, adotando, portanto uma percepção genérica da área de proteção desse direito fundamental. Enquanto que na perspectiva de André Ramos Tavares(2013, p. 528), há diversos direitos autônomos tutelados pelo inciso em análise, sendo esses: o direito à intimidade, à vida privada, à honra, à imagem das pessoas, à inviolabilidade do domicílio, ao sigilo das comunicações e ao segredo.

Contudo, há de se utilizar da hermenêutica constitucional de análise sistemática do ordenamento jurídico brasileiro para definir qual das duas percepções supracitadas foi adotada pela Constituição de 1988. Dessa forma, ao adentrar-se no Diploma Civil em vigor, percebe-se a existência dos



chamados “direitos personalíssimos”, os quais são definidos nos artigos 11 a 21, como direitos autônomos e com áreas de proteção distintas. Dentro desses direitos arrolados pelo Código Civil, tem-se o direito à imagem, à intimidade e à honra. Em outras palavras, apreende-se que a legislação infraconstitucional brasileira acolhe a perspectiva especial de tratamento ao direito à privacidade, isto é, como sendo um direito multifacetário englobando diversas condutas distintas com áreas de regulamentação diversas e que não podem ser confundidas.

Inclusive, referente a essa mesma ideia, o doutrinador civilista Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 185) atribui ao inciso X, do art. 5º da *Lex Major* brasileira, o grande passo para a proteção dos direitos da personalidade, os quais são expressamente expostos ao longo deste aparato normativo. Nesse sentido, também, leciona José Adércio Sampaio (2013, p. 277), o qual afirma que se deve fazer radical distinção entre a intimidade e a vida privada, não só pelas lições do Direito Constitucional francês³, mas, sobretudo, devido a matriz etimológica das duas expressões pelas quais se traçam áreas de regulamentação distintas.

Ainda sobre tal necessidade de distinção, é imprescindível destacar a própria disposição constitucional de ambos os direitos, afinal, no já supracitado inciso X do artigo 5º, o constituinte originário fez questão de mencionar as duas expressões: “são invioláveis a intimidade, a vida privada”. Destarte, temos que a Constituição da República Brasileira não adota um caráter genérico ao conceito de direito à privacidade, preferindo a disposição independente de direitos específicos, dentre os quais há o destaque para o direito à intimidade.

2.1 Das áreas de regulamentação e proteção dos direitos à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem

Dessa forma, com base no raciocínio anteriormente tecido, tem-se que há uma distinção da esfera ampla e genérica do direito à privacidade e da esfera na qual estão contidos os chamados direitos da personalidade. Tais âmbitos, embora imiscuídos em alguns pontos, não podem ser tidos como unos. No entanto, a

³ Nesse sentido, o autor em questão leciona (2013, p. 277) que no artigo 9º do Código Civil francês, há a diferenciação entre o direito ao respeito da vida privada e ao direito à intimidade. Uma vez que são tratados em diversas partes deste mesmo artigo. Brinda-nos, portanto, Sampaio, com o entendimento de que o Direito Comparado já traça o caminho rumo à separação dessas duas esferas.



maioria dos defensores da prévia autorização das biografias tratam ambos os domínios jurídicos como um só, enquanto que, nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet (2013, p. 405):

Dadas as peculiaridades da ordem constitucional brasileira, especialmente à vista do reconhecimento de outros direitos pessoais no plano constitucional e da cláusula geral representada pela dignidade da pessoa humana, o direito à privacidade – a exemplo do que ocorre também em Portugal – não merece a abrangência que lhe foi dado no direito constitucional norte-americano, onde assumiu a função equivalente a um direito geral de personalidade.

Nesse sentido, conforme o entendimento de René Ariel Dotti (1980, p. 69), a intimidade é a “esfera da vida do indivíduo na qual este tem o poder legal de evitar os demais”. Isto é, configura-se o núcleo mais restrito da vida privada com acesso nulo ou limitadíssimo de terceiros, no qual se resguarda a vida individual. Possuindo, pois, o direito à intimidade o dever de proteção do “direito de ser deixado em paz”, no sentido de garantia de um espaço para seu refúgio e reflexão.

Já quando se trata de “imagem”, vislumbra-se que diz respeito à conformação física do indivíduo, contra a sua reprodução em fotografias, filmes, retratos, pinturas ou até esculturas. Possuindo como área de proteção tudo aquilo que caracteriza fisicamente a pessoa, assim como também uma forte conexão com o direito ao nome e o direito à palavra. Ou seja, nas preleções de Jorge Miranda (2005, p. 290), o direito à honra garante a tutela da identidade pessoal.

No tocante ao direito à honra, percebe-se ainda a existência de uma proteção de natureza subjetiva, tipicamente imaterial, vinculada primordialmente à dignidade da pessoa humana. Uma vez que seu domínio de proteção abrange o respeito ao nome e à reputação dos sujeitos, situando-se no âmbito da integridade e inviolabilidade moral.

Diversamente, a “vida privada” diz respeito ao modo de vida de cada pessoa, ou seja, o modo como cada um conduz o seu viver perante o público. Consoante essa cognição, André Ramos Tavares (2013, p. 541) resume didaticamente os pontos que abrangem a área de proteção do direito à vida privada: “A vida de cada cidadão envolve seu relacionamento com o mundo externo e seu relacionamento privado, no seio da família, com amigos, e ainda o próprio comportamento individual da pessoa, em sua casa ou outro local reservado.”

Contudo, faz-se mister apreender que o âmbito protetivo do direito à vida privada deve ser analisado conforme o próprio modo de vida individual,



isto é, diante do quanto cada pessoa se expõe no dia-a-dia. Podendo, destarte, ser tacitamente relativizado de acordo com a apreciação do quanto o indivíduo naturalmente se expõe à sociedade. Novamente, Sarlet (2013, p. 409) nos leciona que:

Pessoas com vida pública, tais como artistas e políticos naturalmente estão mais expostas, de modo que é possível aceitar, dadas as circunstâncias uma redução, mas jamais uma anulação dos níveis de proteção individual na esfera da privacidade e intimidade.

Cumprindo, portanto, alertar para o tratamento distinto com que se devem tratar as pessoas no que se refere à proteção do direito à privacidade. Sendo, dessa forma, imprescindível utilizar-se da técnica hermenêutica de análise da situação concreta segundo os precedentes judiciais denominada de *distinguish*⁴, por meio da qual podemos diferenciar um caso do outro para, assim, chegarmos à melhor solução possível para cada um.

Dessa forma, nessa situação em análise das “pessoas públicas”, as quais sempre estão em evidência e muito expõem de sua vida privada para o resto da sociedade, os direitos personalíssimos são relativizados. Ainda assim, é importante considerar que a própria história de vida desses profissionais pode ser de extrema relevância para a sociedade, levando em consideração que a atuação de tais indivíduos contribuiu ou contribui para a construção de um patrimônio histórico-cultural brasileiro.

Os artistas que fazem parte do “Procure Saber”, então, podem ser citados como grandes exemplos de personalidades brasileiras de história relevante para a sociedade em geral, visto que fizeram a diferença no passado, mudando conceitos, influenciando pessoas, revolucionando em busca de uma democratização e abertura política na época da ditadura militar brasileira (1965-1985). Ajudando, pois, a compor a História do Brasil, fato que torna o relato de suas vidas um imprescindível valor cultural.

A partir dessas definições, então, é que se torna possível delimitar com maior precisão quando os direitos relativos à privacidade, vida íntima, honra e

⁴ Sobre esse assunto, Fredie Didier Jr. nos leciona que: “pode-se utilizar o termo ‘*distinguish*’ em duas acepções: (i) para designar o método de comparação entre o caso concreto e o paradigma (*distinguish*-método); (ii) e para designar o resultado desse confronto, nos casos em que se conclui haver entre eles alguma diferença (*distinguish*-resultado)”(2013, p. 454).



imagem dos indivíduos, deverão ser protegidos contra a exposição coletiva, ou quando poderão ser relativizados em detrimento da proteção de outros direitos fundamentais, no caso em análise, quando confrontados com a liberdade de imprensa e expressão. Destarte, resta a análise da área de proteção e aspectos abrangentes desses outros direitos fundamentais colidentes, para que, enfim, possa-se arguir sobre a constitucionalidade da necessidade de autorização prévia do biografado ou de seus herdeiros para a publicação de uma biografia.

3 DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DE IMPRENSA

A liberdade de expressão, tão comumente ligada à área da profissão jornalística abrange não só a publicação e a expressa menção de ideias, seja oral ou escrita, como também o direito a ouvir, assistir e ler. Sendo fundamental, no entanto, distinguir as informações de fatos de interesse público das que atentam às condutas pessoais tuteladas pela inviolabilidade da intimidade as quais não podem ser devassadas de forma vexatória ou humilhante.

Dessa forma, é de suma importância que se vincule o direito fundamental à liberdade de expressão com o jornalismo profissional ético e fundamentado, conforme expressou em seu voto o assente relator do Recurso Extraordinário 511.961-1/SP, o Ministro Gilmar Mendes: “o jornalismo é a própria manifestação e difusão do pensamento da informação de forma contínua, profissional e remunerada”, portanto, “o jornalismo e a liberdade de expressão não podem ser pensados e tratados de forma separada”⁵.

3.1 O Pacto de São José da Costa Rica

Em consonância com o novo ordenamento jurídico brasileiro pautado na Constituição de 1988, e com a reflexão supracitada do Ministro Gilmar Mendes, encontra-se o artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) – ratificada pelo Brasil e em vigência no ordenamento jurídico brasileiro por meio do decreto legislativo 678 de 1992. Tal dispositivo normativo regulamenta as questões acerca da liberdade

⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE. Nº 511.961-1/SP. Pleno. Rel. Min. Mello Gilmar Mendes. j. 17/06/2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605643>>. Acesso em: 14 de abril de 2014.



de expressão e de imprensa no âmbito internacional, afirmando em seu inciso I que toda pessoa tem o direito à liberdade de manifestação do pensamento, incluindo a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza.

Cabendo, pois, na discussão sobre o paralelo entre a liberdade de expressão e o direito à vida privada, uma análise mais profunda do inciso II do referido artigo, o qual promulga:

O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito à censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para assegurar: a) o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas; b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.

Isto é, percebe-se que há a expressa vedação à censura prévia de um material jornalístico ou literário, cabendo punição apenas ulterior à publicação. Em outras palavras, não pode o legislador impor aos cidadãos um mecanismo que vede a liberdade de expressão antes mesmo de o material ser publicado, sendo a sanção imposta apenas de maneira posterior, caso haja infringência à privacidade e à segurança nacional.

Dessa forma, o Estado Brasileiro por meio do decreto presidencial 678 de 1992 ratifica o Pacto de São José da Costa Rica, ou seja, incorpora-o ao seu ordenamento jurídico. Obrigando-se, pois, internacionalmente a cumprir os ditames do tratado internacional, os quais podem inclusive ser utilizados pelos nacionais brasileiros para resolução de seus litígios. Consequentemente, percebe-se que ao obrigar-se internacionalmente por meio da Convenção Americana de Direitos Humanos, o Brasil torna vigente em seu território a norma do artigo 13, devendo, pois cumpri-la, sob pena de submeter-se à Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). Portanto, o Pacto de São José da Costa Rica por ser um tratado internacional de Direitos Humanos, de cunho vinculativo, submete o descumprimento de suas ordens à CIDH, a qual tem competência para julgar o Estado infrator.

Nesse sentido, a própria Corte Interamericana de Direitos Humanos no *Caso dos Trabalhadores Demitidos do Congresso Vs. Peru*⁶, julgado em

⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso dos Trabalhadores Demitidos do Congresso (Aguado – Alfaro et al) v. Peru*. j. 24/11/2006. Series C. Nº 158 Disponível



novembro de 2006, afirma no parágrafo 128 da sentença, que:

Quando um Estado ratifica um tratado internacional a exemplo da Convenção Americana, seus juízes também estão sujeitos ao tratado, fato este que os obriga a tutelar para que o efeito útil da Convenção não seja diminuído ou anulado pela aplicação de leis contrárias às suas disposições, objetos e finalidades. Em outras palavras, os órgãos do poder judiciário devem exercer não somente um controle de constitucionalidade, como também o de “convencionalidade”. [tradução nossa].

Relevante, ainda, citar, quanto à incorporação dos tratados referentes a direitos humanos, como é o caso do texto normativo do Pacto de São José da Costa Rica dirigido à liberdade de expressão, que embora prevaleça o entendimento de o Brasil adotar a teoria dualista diante do silêncio da Constituição, logo, considerar a existência de dois ordenamentos jurídicos distintos (o interno e o internacional) de forma a depender de um ato normativo nacional do Presidente da República para conferir efetividade no direito interno ao tratado internacional, tais interpretações não englobam os tratados que dizem respeito aos Direitos Humanos.

Porquanto, analisa-se que a Constituição pátria adota, segundo os parágrafos 1º, 2º e 3º de seu artigo 5º, uma forma diferente de incorporação aos tratados internacionais de Direitos Humanos a fim de assegurar a eficácia das normas protetivas de direitos e garantias fundamentais. Desse modo, introduz-se o princípio da aplicabilidade imediata dessas normas no ordenamento jurídico interno. Nesse sentido, Canotilho (1993, p. 578) constata a necessidade de uma aplicação direta de tais preceitos tendo em vista que “os direitos, liberdades e garantias são regras e princípios jurídicos, imediatamente eficazes e atuais”, motivo pelo qual a Carta Magna torna-os prerrogativas de aplicação automática pelos Poderes Executivo, Judiciário e Legislativo.

Destarte, tem-se que no âmbito internacional o Brasil já se posicionou de maneira a vedar a análise prévia de material como condição para publicá-lo, incorporando essa atitude ao seu ordenamento jurídico no status de norma constitucional. Tal conduta coadune com a sociologia e filosofia adotada pelo neoconstitucionalismo brasileiro no pós Ditadura Militar, com o advento da Constituição de 1988, a qual traz em seu corpo uma série de normas

em: <<http://www.corteidh.or.cr/index.php/en/decisions-and-judgments>>. Acesso em: 15 de abril de 2014.



protetoras aos direitos fundamentais que costumavam ser violados no período da Ditadura Militar, principalmente no que tange à liberdade de expressão. A título exemplificativo, cita-se o Ato Institucional número 5 de 1968, revogado desde 1979, que em seu artigo 5^o vedava direitos políticos, proibindo dentre outras, quaisquer atividade ou manifestação que versassem sobre assuntos de natureza política, constituindo assim, uma censura prévia, hoje proibida.

3.2 O neoconstitucionalismo e o Direito à Liberdade de Expressão

Após a Ditadura Militar no Brasil, em um contexto social marcado pelo crescimento das manifestações sociais nos diversos setores da população brasileira, o Estado passou a preocupar-se com a abertura política, revelando na Constituição Federal de 1988 “um tom progressista e comprometido com uma noção de Estado Social e Democrático de Direito” (SARLET, 2013, p. 252), tendo em vista as violações à dignidade humana ocorridas no pretérito da Ditadura, garantindo, dessa forma, a estabilidade institucional brasileira. Sendo, dessa maneira, um documento comprometido na transformação da realidade social, aderindo ao seu corpo a tutela aos direitos fundamentais tanto individuais como sociais, além de expressar a preocupação internacional brasileira na tutela aos Direitos Humanos.

Representando, nas palavras de Lenio Streck (2013, p. 524), o mais avançado texto jurídico-político já produzido no Brasil, filiando-se ao constitucionalismo dirigente, compromissário e social. Trazendo explicitamente em seus objetivos a construção de um Estado Democrático de Direito.

É, portanto, nesse contexto que se situa a proteção à liberdade de expressão e de imprensa no novo ordenamento jurídico brasileiro.

⁷ Art. 5º, A15 – A suspensão dos direitos políticos, com base neste Ato, importa, simultaneamente, em: I - cessação de privilégio de foro por prerrogativa de função; II - suspensão do direito de votar e de ser votado nas eleições sindicais; III - proibição de atividades ou manifestação sobre assunto de natureza política; IV - aplicação, quando necessária, das seguintes medidas de segurança: a) liberdade vigiada; b) proibição de frequentar determinados lugares; c) domicílio determinado. § 1º - O ato que decretar a suspensão dos direitos políticos poderá fixar restrições ou proibições relativamente ao exercício de quaisquer outros direitos públicos ou privados. § 2º - As medidas de segurança de que trata o item IV deste artigo serão aplicadas pelo Ministro de Estado da Justiça, defesa a apreciação de seu ato pelo Poder Judiciário. Cf, BRASIL, 1968.



3.3 Da área de proteção e regulamentação da Liberdade de Expressão e de Imprensa

Dessa maneira, o estudo de área de proteção das liberdades de expressão e imprensa define as condutas tuteladas pelo artigo 5º incisos IV, IX da Constituição Federal brasileira, como também pelo seu art. 220, caput §§ 1º e 2º.

Deve-se entender, primeiramente, por imprensa, todo e qualquer meio de comunicação social, cujas publicações alcançam o conhecimento público. Na especificidade própria a essa análise, destaca-se que a liberdade de informação jornalística se assenta na liberdade de expressão prevista no art. 5º, IV a qual se constitui como pilar fundamental do exercício da democracia característica ao nosso ordenamento jurídico. Uma vez que para que a participação democrática ocorra eficientemente “as pessoas devem ter o amplo acesso a informações e a pontos de vista diversificados sobre temas de interesse público, afim de que possam formar as suas próprias opiniões.” (SARMENTO, 2013, p. 252).

Nesse diapasão de tutela à manifestação das diversas opiniões emanadas do povo, o constituinte originário promulgou o inciso IX do artigo 5º, o qual possui o condão de proteção à liberdade das atividades intelectuais e de comunicação. Liberdades essas que abarcam, nas lições de Daniel Sarmiento, todo tipo de manifestação de ideias, opiniões, sentimentos e, ainda, a transmissão de informações sobre qualquer tema específico.

Desse mesmo modo, emerge o artigo 220 também da Constituição, garantindo aos agentes da comunicação social a plena faculdade de opinar, produzir e divulgar conhecimentos, fatos, posicionamentos e informações. Contudo, tal dispositivo constitucional é dotado de reserva legal em seu §1º⁸, limitando o domínio protetivo desse direito fundamental. Portanto, é certo concluir que o constituinte teve a preocupação de vincular a atividade jornalística lícita e séria ao respeito aos incisos IV, V, X, XIII, XIV do artigo 5º da *Lex Legum*.

⁸ Art. 220, CF: A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. § 1º - Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV. Cf, BRASIL, 1988.



Objetivando o alcance do jornalismo ético e profissional, a Constituição do Brasil destaca a vedação do anonimato nas publicações jornalísticas protegendo a veiculação verídica da matéria. Instituto o qual possibilita a responsabilização dos agentes que ocasionem danos a terceiros em decorrência da publicação de juízos ou opiniões ofensivos, levianos, caluniosos ou difamatórios. Por essa razão, o Ministro Celso de Mello proferiu as seguintes afirmações em seu voto na questão de ordem levantada no Inquérito 1.957/PR, julgado em maio de 2005⁹:

A vedação ao anonimato busca impedir a consumação de abusos no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e na formulação de denúncias apócrifas [...] tal medida constitucional está destinada a desestimular manifestações abusivas do pensamento, de que possa decorrer gravame ao patrimônio moral das pessoas injustamente desrespeitadas em sua esfera de dignidade, qualquer que seja o meio utilizado na veiculação das imputações contumeliosas.

Destarte, é possível perceber que a própria Constituição Brasileira traz em seu conteúdo medidas materialmente protetivas aos direitos personalíssimos da intimidade e vida privada, como é o caso da vedação ao anonimato. Instituto que limita e disciplina o direito à liberdade de expressão quando confrontado com seus excessos. Dando oportunidade aos indivíduos lesados a gozarem do direito de resposta. Ressalvando, ainda, que tal direito à resposta não invalida o direito à indenização (seja por danos morais ou materiais).

Ainda assim, quando exercida com responsabilidade, à liberdade de expressão é assegurada a vedação a qualquer tipo de censura prévia, garantida pelas firmes palavras do inciso IX, do artigo 5º da Norma Maior. Censura, neste caso, diz respeito à restrição prévia emitida por autoridades administrativas ou por entes privados do conteúdo expresso por agentes jornalísticos. Sendo, tal censura inadmissível diante de qualquer regime democrático. Inclusive, o próprio Supremo Tribunal Federal novamente no Recurso Extraordinário 511.961/SP¹⁰ assentou:

⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Inquérito nº 1.957/PR. Pleno. Rel. Min. Celso de Mello. j. 11/05/2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo393.htm#transcricao1>>. Acesso em: 14 de abril de 2014.

¹⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE nº 511.961-1/SP. Pleno. Rel. Min. Mello Gilmar



Em se tratando de jornalismo, atividade intimamente ligada às liberdades de expressão e informação, o Estado não estaria legitimado a estabelecer condicionamentos e restrições quanto ao acesso à profissão e ao respectivo exercício profissional.

O constitucionalista Daniel Sarmento (2013, p. 276) assegura, ainda, que foi o constituinte quem optou por utilizar-se do termo “licença” com o intuito de especificar a inexigibilidade de nenhuma autorização precedente para difusão de informações.

Portanto, uma intervenção estatal no direito fundamental à liberdade de imprensa ocorre sempre que uma autoridade advinda tanto dos poderes legislativo, executivo, assim como judiciário, impedir a plena liberdade de informação jornalística. No entanto, cabe também atentar se essa violação é ou não proporcional, em outras palavras, se está ou não de acordo com os princípios constitucionais que garantem a dignidade da pessoa humana e o livre desenvolvimento da sociedade brasileira. Seria, então, proporcional a medida de análise prévia à publicação das biografias? Segue, pois, uma análise da proporcionalidade com arguição de constitucionalidade da medida em questão.

4 ANÁLISES DA PROPORCIONALIDADE DA INTERVENÇÃO ESTATAL: ARGUIÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE

A proporcionalidade é um critério estabelecido para restringir a ação estatal ao exercício de limitação dos direitos fundamentais. Destarte, tal princípio incita a criação de um meio eficaz para controlar o poder estatal no labor de suas funções no intento de combater o abuso do Estado perante o seu poder. É de concreta importância, portanto, a aplicação do princípio da proporcionalidade no momento em que se verificar uma restrição a um direito fundamental ou uma colisão entre direitos fundamentais, em que seja tangível ao Estado abarcar com uma intervenção para regulá-los.

Tal medida estatal deve sofrer uma rigorosa análise perpassando pelos elementos constitutivos do critério da proporcionalidade, quais sejam: licitude do propósito da intervenção, a adequação desse meio de intervenção,

Mendes. j. 17/06/2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605643>>. Acesso em: 14 de abril de 2014.



e por último da necessidade desse mesmo meio. Ademais, coadunam Martins e Dimoulis(2012, p. 187):

A aplicação do critério da proporcionalidade constitui uma ponderação *lato sensu* (*AbwägungimweiterenSinne*), pois se trata do estabelecimento da relação entre duas grandezas. [...] A ponderação é meramente fática, ocorrendo, como veremos, entre fins e meios juridicamente possíveis.

À análise dos propósitos perseguidos cabe a decisão da licitude deste, isto é, se tal propósito abriga um respaldo na *Lex Legum*, não havendo, pois, nenhum conflito com normas do ordenamento jurídico brasileiro. No que tange à licitude do propósito da intervenção estatal no sentido de submeter às biografias a uma análise prévia, anterior à publicação, temos que há contradição com o proposto tanto pela Constituição Brasileira em seu artigo 5º, IX quanto pelo Pacto de São José da Costa Rica, já mencionado neste estudo, incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro com força vinculante de norma constitucional. Tendo que vista que tais dispositivos normativos vedam qualquer forma de censura prévia à liberdade de expressão, devendo, pois, ser punidos somente os materiais que violem o direito a intimidade em momento posterior. Portanto, percebe-se ilícito o propósito perseguido por tal intervenção num momento anterior à publicação.

No tocante à adequação deste meio de intervenção, é preciso perceber se há um equilíbrio em sua aplicação, isto é, se os direitos fundamentais que estão sendo restritos são passíveis de restrição, e se com o meio utilizado alcança-se o objetivo. Em outras palavras, um meio adequado seria aquele em conformidade com o propósito perseguido, isto é, que há uma conexão entre ambos. No entanto, tal conexão deve estar fundamentada, ou seja, o meio deve fomentar aferição da capacidade destes de atingirem seus propósitos admitidos e preconizados pelo texto constitucional. A adequação, então, estará presente caso haja uma relação de causalidade entre o meio de intervenção escolhido e a sua finalidade.

No caso em pauta, temos que, submeter biografias à análise prévia com o intuito de tutelar o direito a intimidade do biografado não possui uma adequação necessária, tendo em vista a disseminação dos meios de comunicação e o advento, principalmente, da internet. Afinal, em decorrência desses novos e velozes sistemas informativos, até mesmo o controle prévio das publicações biográficas não impediria a divulgação das informações em desrespeito ao direito da intimidade do biografado. Em virtude de tal



propagação poder se dar através de outros meios que não a biografia, como sítios de relacionamento, por exemplo. Tamanha intervenção, nesse sentido, claramente ocasionaria uma morosidade no sistema judiciário e no próprio sistema de fiscalização, o qual não teria a capacidade de controlar toda a informação antes de a biografia ser, efetivamente, publicada.

Por fim, não sendo suficiente o requisito adequação, à necessidade do meio utilizado, subsiste o subcritério final e decisivo para a averiguação da proporcionalidade de uma medida interventora na área de proteção de um direito fundamental. Tal subcritério do princípio da proporcionalidade permite realizar um controle mais profundo, completo e complexo. Afinal, dentre os meios lícitos e adequados, ela consegue afastar os mais repressivos, escolhendo o menos oneroso, ou seja, aquele que venha a poupar ao máximo a liberdade intervinda, com vistas à consecução do fim almejado.

Com a baila para a questão em análise, temos a censura prévia como um meio absurdamente oneroso para o sistema jurídico brasileiro, tendo em vista que o passado histórico e sociológico de repressão dele, podendo ser o condão para o controle daquilo que a população deve ver ou ler. Portanto, abrir o precedente de controle prévio das biografias é controlar o conhecimento humano, manipular aquilo que a pessoas devem ou não saber. Criar, mais uma vez, uma sociedade de alienação, a qual só escuta, lê ou ouve aquilo que o governo permite que ela o faça. É sobremaneira uma prática que viola a manifestação do conhecimento, e principalmente o direito à veracidade, isto é, o direito que a população tem em saber a verdade. Foucault já dizia em sua obra “Vigiar e Punir” (1977, p. 153), que uma sociedade em que há a censura é uma sociedade alienada, manipulada.

Dessa maneira, o Supremo Tribunal Federal reconheceu, no julgamento da ADPF 130, como padrão de democracia e liberdade de imprensa os pilares construídos pelo legislador de 1988: “a informação em plenitude e de máxima qualidade e a transparência ou visibilidade do poder, seja ele político, econômico ou religioso”¹¹.

¹¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF nº 130/DF. Pleno. Rel. Min. Carlos Ayres Britto. j. 30/04/2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>>. Acesso em: 14 de abril de 2014.



5 LINHAS CONCLUSIVAS

Por fim, tem-se com base no presente estudo que é importante sim preservar-se a intimidade e a honra dos cidadãos, e que de maneira alguma deve ser ignorada a tutela desses direitos. No entanto, a tentativa de análise prévia das biografias como condição para sua publicação consiste em um meio deveras oneroso para atingir o fim de proteção desses direitos. Há, portanto, detectada uma desproporcionalidade da medida escolhida para este objetivo, a qual vai de encontro não só aos ditames constitucionais brasileiros como às obrigações do Brasil no cenário internacional.

Dessa forma, com o intuito de limitar as fronteiras entre a liberdade de expressão e o direito à intimidade deve-se buscar outras maneiras que coadunam com o controle posterior. A própria busca pela tutela judicial é uma solução, podendo, inclusive, ser debatida a questão do dano moral e da indenização, se estas são ou não suficientes para delimitar as barreiras entre esses dois direitos fundamentais colidentes.

No entanto, o que se percebe com esse estudo é que não é possível dentro de todo o sistema jurídico-normativo brasileiro adotar uma medida anterior à publicação dos materiais biográficos para delimitar essas margens.

REFERÊNCIAS

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª ed. revista. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 2. 8ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2013.

DIMOLIUS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DOTTI, René Ariel. **Proteção da Vida Privada e Liberdade de Informação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.



FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**; tradução de Lígia M. PondéVassallo. Petrópolis, Vozes, 1977.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. **Constituição portuguesa anotada**. Coimbra: Coimbra Ed, 2005. 1 v.

SAMPAIO, José Adércio. Comentário ao artigo 5º, X. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. (Coords). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SARMENTO, Daniel. Comentário ao artigo 5º, IX. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. (Coords). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

_____. Comentário ao artigo 5º, IV. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. (Coords). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 8. Ed. São Paulo: Malheiros Ed., 1992.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.



TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2013.

A PARALLEL BETWEEN THE FREEDOM OF SPEECH AND THE RIGHTS TO PRIVACY: THE BIOGRAPHIES' ISSUE

ABSTRACT

The controversy over the need of prior authorization for biographies' publication caused in the legal world the resurgence of an old discussion about the limits of freedom of speech when faced by the right to privacy. This study, however, provides a constitutional analysis, based on the liberal's proportionality's standards, about that previous need and its application on the Brazilian rule of law. To do so, this article brings to discussion the two facets of the right to privacy - distinguishing it from the sphere that englobes the right to intimacy. Finding a way to make through it, this analysis makes an assessment of the development of freedom of speech in Brazilian law with the growth of 1988's neoconstitutionalism.

Keywords. Freedom of speech. Right to privacy. Biographies. Previous authorization. Neoconstitutionalism.



Artigos Convidados

INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS NO PROJETO DE LEI DO NOVO CPC

Daniel Amorim Assumpção Neves

Doutor e Mestre em Direito Processual pela Universidade de São Paulo
Graduado em Direito pela Universidade de São Paulo
Professor Visitante no Centro Universitário Jorge Amado
Professor de Direito Processual Civil nos cursos preparatórios da LFG
Advogado em São Paulo e em Natal.

RESUMO

O Projeto de Lei do Novo CPC segue a tendência do direito processual pátrio de valorizar a jurisprudência dos tribunais superiores. Entre as novidades está o incidente de resolução de demandas repetitivas, que visa fundamentalmente permitir que os tribunais fixem uma tese jurídica que será obrigatoriamente adotada como fundamento de decidir em processos com a mesma matéria jurídica. O presente artigo tem como objetivo contribuir com as questões procedimentais do incidente de resolução de demandas repetitivas.

Palavras-chave: Projeto. Lei. Novo CPC. Incidente. Resolução. Demandas. Repetitivas. Jurisprudência. Vinculante. Segurança jurídica. Isonomia.

1 INTRODUÇÃO

O direito processual brasileiro vem cada vez mais se preocupando com os julgamentos das ações individuais que tem como objeto conflitos de massa, ou seja, direitos materiais individuais violados por atos ilícitos que afetam quantidade significativa de indivíduos em suas esferas jurídicas.

Há ramos do direito em que as chamadas ações repetitivas, que tem identidade da matéria jurídica discutida, são muitos comuns, como é o caso do direito previdenciário, tributário, consumerista e de servidores públicos.

Os julgamentos individuais e sem qualquer padronização dessas ações violam importantes princípios, processuais e materiais. A economia processual sob a ótica macroscópica é sacrificada diante da multiplicidade de processos. A isonomia corre sério risco diante da possibilidade de proliferação de decisões conflitantes, que resolvem a mesma matéria jurídica de diferente maneira. E a desarmonia dos julgados colabora significativamente para o descrédito do Poder Judiciário, em especial perante os jurisdicionados.

Com tais problemas em mente o Projeto de Lei de Novo Código de Processo Civil, atualmente em trâmite no Senado Federal, inova ao criar e regulamentar o incidente de resolução de causas repetitivas. E esse incidente é o objeto do presente artigo.

2 CABIMENTO

Nos termos do art. 988, *caput* do Novo CPC é cabível o incidente de resolução de demandas repetitivas quando, estando presente o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, houver efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito.

O tratamento isonômico de diferentes processos que versam sobre a mesma matéria jurídica, gerando dessa forma segurança jurídica, é a justificativa do incidente ora analisado, como se pode constatar da mera leitura do art. 988, *caput* do Novo CPC.

A literalidade da norma, entretanto, deixa uma dúvida. Ao prever a repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito o dispositivo dá a entender que havendo diferentes questões de fato em tais processos não seria cabível a instauração do incidente processual.

Mas essa realidade deve ser analisada com certa flexibilidade, porque



mesmo havendo diversidade de fatos a questão jurídica pode ser a mesma. Basta imaginar diferentes remessas de nomes para cadastros de devedores por uma causa comum, quando cada autor indicará um fato diferente, afinal, cada inclusão é um fato. Mas nesse caso a causa da inclusão nos cadastros de devedores é comum, de forma a ser irrelevante a diversidade dos fatos para a fixação da tese jurídica.

A diversidade de fatos apta a afastar o cabimento do incidente de resolução de demandas repetitivas deve ser aquela suficiente a influenciar a aplicação do direito ao caso concreto, porque havendo fatos diferentes de origem comum deve ser cabível o incidente ora analisado.

Cabe registrar que no projeto aprovado originariamente no Senado, o incidente tinha natureza preventiva, porque poderia ser instaurado quando “identificada controvérsia com potencial de gerar relevante multiplicação de processos fundados em idêntica questão de direito”. A redação aprovada afasta essa realidade a exigir a existência de múltiplos processos, dando a entender que a questão jurídica deve ser enfrentada e decidida em diversos processos antes de ser instaurado o incidente processual.

A redação final do dispositivo deve ser elogiada porque é necessária uma maturação no debate jurídico a respeito da questão jurídica para que só então seja instaurado o incidente de resolução de demandas repetitivas. O dissenso inicial a respeito da mesma questão jurídica, apesar de ofender a isonomia e a segurança jurídica, é essencial para uma maior exposição e mais aprofundada reflexão sobre todos os entendimentos possíveis a respeito da matéria.

E é justamente por essa razão que a interpretação mais adequada do *caput* do art. 988 do Novo CPC é a necessidade não só de múltiplos processos, mas de múltiplos processos já decididos, nos quais a questão jurídica tenha sido objeto de argumentações e decisões. Caso a mera existência de processos sem decisões sobre a matéria já seja suficiente para a admissão do incidente ora analisado, teremos uma natureza preventiva, o que parece não ter sido o objetivo do legislador.

Ainda que estejam preenchidos todos os requisitos previstos pelo art. 988, *caput* do Novo CPC não se admitirá a instauração do incidente ora analisado quando um dos tribunais superiores, no âmbito de sua respectiva competência, já tiver afetado recurso para definição de tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva (art. 988, § 8º do Novo CPC).



3 LEGITIMIDADE PARA REQUERER A INSTAURAÇÃO DO INCIDENTE

A legitimidade para instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas está prevista no art. 988, § 3º do Novo CPC.

No inciso I vem prevista a legitimidade do relator ou órgão colegiado, quando a instauração se dará mediante ofício. Ainda que assim não esteja expressamente previsto no texto legal, a legitimidade do relator ou do órgão colegiado só existirá concretamente quando o processo repetitivo tenha chegado ao tribunal em grau recursal.

Também as partes dos processos repetitivos têm legitimidade para instauração do incidente, nos termos do inciso II do dispositivo ora analisado. O mesmo artigo prevê a legitimidade do Ministério Público, da Defensoria Pública, da pessoa jurídica de direito público ou da associação civil cuja finalidade institucional inclua a defesa do interesse ou direito objeto do incidente. Em todos esses casos o incidente será instaurado por petição.

Conforme observado pela melhor doutrina, a legitimidade prevista no inciso II do art. 988, § 3º do Novo CPC, salvo das partes, é inspirada na legitimidade para a propositura da ação civil pública¹, que a exemplo do incidente tem como objetivo a economia processual e a harmonização dos julgados.

Dessa forma, a legitimidade do Ministério Público para suscitar o incidente é ampla e irrestrita quando a questão envolver direitos difusos ou coletivos, mas no caso de direitos individuais homogêneos só terá legitimidade se o direito for indisponível ou disponível com repercussão social. É nesse sentido o entendimento do Superior Tribunal de Justiça quanto a legitimidade do Ministério Público na tutela coletiva².

Nos termos do art. 988, § 6º do Novo CPC se não for o requerente, o Ministério Público intervirá obrigatoriamente no incidente e deverá assumir sua titularidade em caso de desistência ou de abandono. Diferente do que

¹ Leonardo José Carneiro da Cunha, Incidente de resolução de causas repetitivas no novo CPC, in O futuro do processo civil no Brasil, coord. Fernando Rossi, Glauco Gumerato Ramos, Jefferson Carús Guedes, Lúcio Delfino, Luiz Eduardo Ribeiro Mourão, editora Forum, Belo Horizonte, 2011, pp. 335-336.

² STF, 2ª Turma, RE. 514.023/AgRg/RJ, rel. Min. Ellen Gracie, j. 04.12.2009, DJe 05.02.2010; STF, 2ª Turma, RE 472.489/AgRg/RS, rel. Min. Celso de Mello, j. 29.04.2008, DJe 29.08.2008; STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp 938.951/DF, rel. Min. Humberto Martins, j. 23.02.2010, DJe 10.03.2010; STJ, 4ª Turma, AgRg no REsp 800.657/SP, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 05.11.2009, DJe 16.11.2009.



ocorre com a ação coletiva, caso haja abandono ou desistência o Ministério Público tem o dever institucional de assumir a titularidade do incidente de resolução de demandas repetitivas.

Para a Defensoria Pública, a legitimidade deve seguir o que for estabelecido quanto a sua atuação no polo ativo da ação civil pública. Caso se entenda que a propositura da ação civil pública é função atípica da Defensoria Pública, na defesa dos hipossuficientes organizacionais, também será essa sua atuação na instauração do incidente ora analisado³. Por outro lado, caso se entenda que a propositura da ação civil pública faz parte da função típica da Defensoria, na defesa dos hipossuficientes econômicos, nesse sentido estará limitada a sua atuação na instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas⁴.

Para as pessoas jurídicas de direito público e associações civis o art. 988, § 3º, II do Novo CPC exige a pertinência temática, a exemplo do que ocorre na propositura da ação civil pública. Não há no texto legal qualquer referência a necessidade de existência jurídica da associação civil por ao menos um ano, de forma que esse requisito não poderá ser exigido para a instauração do incidente ora analisado.

4 COMPETÊNCIA

Segundo o art. 988, § 1º do Novo CPC o incidente pode ser suscitado perante tribunal de justiça ou tribunal regional federal, deixando claro que a competência para o julgamento do incidente é dos tribunais de segundo grau de jurisdição. O § 2º do dispositivo legal prevê o óbvio ao exigir para a suscitação do incidente a pendência de causa de competência do tribunal.

No projeto aprovado originariamente no Senado havia indicação da competência interna dos tribunais para julgar o incidente (plenário ou órgão especial), previsão que não foi repetida no projeto aprovado. Evitou-se assim uma inconstitucionalidade, já que cabe ao regimento interno dos tribunais a definição da competência interna de seus órgãos para o julgamento do

³ STJ, 2ª Turma, REsp 1.264.116/RS, rel. Min. Herman Benjamin, j. 18.10.2011, *DJe* 13.04.2012. Com o mesmo entendimento amplo: STJ, 1ª Turma, REsp 912.849/RS, rel. Min. José Delgado, j. 26.02.2008, *DJe* 28.04.2008.

⁴ Informativo 541/STJ, 4ª Turma, REsp 1.192.577-RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 15/5/2014.



incidente ora analisado, como acertadamente previsto no art. 991, *caput* do Novo CPC.

Ainda que o Novo Código de Processo Civil tenha se absterido de prever a competência interna dos tribunais para julgamento do incidente, criou regras que condicionam a escolha a ser feita pelos regimentos internos. Nesse sentido o § 1º do art. 991 prevê que o órgão indicado deve possuir, dentre as suas atribuições, competência para editar enunciados de súmula e o § 2º determina que sempre que possível, o órgão competente deverá ser integrado, em sua maioria, por desembargadores que componham órgãos colegiados com competência para o julgamento da matéria discutida no incidente.

Registre-se que nos termos do art. 991, § 3º do Novo CPC a competência será do plenário ou do órgão especial do tribunal quando ocorrer a hipótese do art. 960 no julgamento do incidente, ou seja, a questão a ser resolvida envolver a inconstitucionalidade de norma.

Os tribunais de superposição não têm competência para julgar originariamente o incidente de resolução de demandas repetitivas, mas poderão participar do julgamento em grau recursal e proferir decisão determinando a suspensão de todos os processos em trâmite no território nacional, como será analisado no momento adequado.

5 DIVULGAÇÃO

Segundo o art. 989, *caput*, a instauração e o julgamento do incidente serão sucedidos da mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça. Para alimentar o cadastro mantido pelo Conselho Nacional de Justiça o art. 989, § 1º do Novo CPC impõe aos tribunais a manutenção de banco eletrônico de dados atualizados com informações específicas sobre questões de direito submetidas ao incidente, comunicando-o imediatamente ao Conselho Nacional de Justiça para inclusão no cadastro.

A ampla divulgação tanto da instauração como do julgamento dos incidentes de resolução de demandas repetitivas tem várias funções.

Como o incidente, desde que admitido, tem como efeito a suspensão dos processos submetidos a competência do tribunal que versem sobre a mesma matéria jurídica, a manutenção do cadastro se prestará a auxiliar as partes e ao juízo a identificação dos processos a serem suspensos. Para tanto, é preciso ter acesso não só a informação de existência do incidente, mas



também ao seu conteúdo.

Com essa exigência em mente, o § 2º do artigo ora analisado prevê que o registro eletrônico das teses jurídicas constantes do cadastro conterá, no mínimo, os fundamentos determinantes da decisão e os dispositivos normativos a ela relacionados.

Por outro lado a divulgação da existência do incidente permite que interessados em sua solução tomem conhecimento de sua existência e intervenham nos limites fixados pelo art. 992 do Novo CPC.

E a publicidade do julgamento é importante para que a sua eficácia vinculante seja a mais ampla e completa possível. Ainda que seja possível o juiz de ofício seguir o decidido no incidente ora analisado, com a popularização do instituto tudo leva a crer que a tarefa de levar ao juízo o julgamento será da parte interessada, que para defender seus interesses em juízo deve ter acesso pleno ao banco de incidentes de resolução de causas repetitivas já julgadas.

6 SUJEITOS COM LEGITIMIDADE PARA PARTICIPAR DO INCIDENTE

Além dos legitimados à instauração do incidente de resolução de causas repetitivas, há outros sujeitos que podem ou devem participar do procedimento do incidente.

Como já afirmado, o Ministério Público tem participação obrigatória, mesmo que não tenha sido ele a suscitar o incidente, quando participará como fiscal da ordem jurídica.

Nos termos do art. 990, II, do Novo CPC, o relator poderá requisitar informações a órgãos em cujo juízo tramita processo no qual se discute o objeto do incidente, que as prestarão no prazo de quinze dias. Pelo teor do dispositivo tanto o juízo em que tramita o processo que ensejou a instauração do incidente processual como outros em que tramitam processos com a mesma matéria jurídica poderão se manifestar, desde que instados nesse sentido pelo relator.

Segundo o art. 992, *caput* do Novo CPC o relator ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, que, no prazo comum de quinze dias, poderão requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida.

Entendo que as partes mencionadas no dispositivo legal sejam as partes do processo que ensejou a instauração do incidente, enquanto os interessados são as partes em outros processos que versem sobre a mesma



matéria jurídica e o *amicus curiae*. No primeiro caso os sujeitos atuariam como assistentes litisconsorciais; e no segundo, como auxiliares eventuais do juízo.

As partes dos processos vinculados ao incidente ora analisado têm interesse jurídico em sua solução, considerando que serão diretamente atingidas pela eficácia vinculante do julgamento. E justamente em razão desse interesse jurídico poderão intervir como assistentes das partes do processo no qual foi suscitado o incidente de resolução de causas repetitivas.

Entendo se tratar de assistência litisconsorcial porque os terceiros, apesar de não serem titulares do direito discutido no processo no qual foi suscitado o incidente, são titulares de relação jurídica que estará sendo decidida no tribunal. Afinal, no incidente ora analisado o tribunal julga a questão jurídica e não o processo que deu causa a suscitação do incidente.

Registre-se, por outro lado, que o interesse na controvérsia exigido de pessoas, órgãos e entidades não significa que esses sujeitos tenham necessariamente um interesse próprio na fixação da tese jurídica, bastando existir um interesse institucional na melhor solução da questão. É o que justifica a intervenção do *amicus curiae*.

O interesse institucional é voltado à melhor solução possível do processo por meio do maior conhecimento da matéria e dos reflexos no plano prático da decisão⁵. Esse verdadeiro interesse jurídico, diferente do interesse jurídico do assistente, porque não diz respeito a qualquer interesse subjetivo, é justamente o que legitima a participação do *amicus curiae* no incidente de resolução de causas repetitivas, considerando a eficácia vinculante de seu julgamento.

Havendo a intervenção de *amicus curiae* o art. 992, parágrafo único do Novo CPC prevê que o relator poderá designar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria.

⁵ Cassio Scarpinella Bueno, *Amicus curiae*, pp. 500-511; Luís Roberto Barroso, *O controle de constitucionalidade*, p. 177, fala em “legítimo interesse no resultado da ação”. Carlos Gustavo Rodrigues Del Prá, “Breves considerações sobre o *amicus curiae* na ADIn e sua legitimidade recursal”, p. 64, chama de “interesse público de controle”. Dirley da Cunha Jr., “A intervenção de terceiros”, p. 157, fala em “interesse objetivo relativamente à questão jurídico-constitucional em discussão”.



7 INSTAURAÇÃO

Conforme já analisado, os legitimados previstos pelo art. 988, § 3º, II do Novo CPC instaurarão o incidente de resolução de demandas repetitivas perante o tribunal de segundo grau a depender de onde tramita o processo: no Tribunal de Justiça se tramitar na Justiça Estadual e no Tribunal Regional Federal se tramitar na Justiça Federal.

Nos termos do art. 988, § 4º do Novo CPC o ofício ou a petição de instauração do incidente será instruído com os documentos necessários à demonstração do preenchimento dos pressupostos para a instauração do incidente.

8 ADMISSÃO DO INCIDENTE

Após a distribuição, o art. 990, *caput* do Novo CPC prevê que o órgão colegiado competente para julgar o incidente procederá ao seu juízo de admissibilidade, considerando a presença dos pressupostos já analisados.

A eventual inadmissibilidade do incidente ora analisado depende de julgamento colegiado que poderá ser objeto de recurso para o Superior Tribunal de Justiça. Nesse caso o recurso especial seria fundamentado no art. 105, III, “a” da Constituição Federal. E segundo o art. 988, § 7º do Novo CPC a inadmissão do incidente de resolução de demandas repetitivas por ausência de qualquer de seus pressupostos de admissibilidade não impede que, uma vez presente o pressuposto antes considerado inexistente, seja o incidente novamente suscitado e admitido, passando o tribunal competente ao julgamento de seu mérito.

Uma vez sendo admitido o incidente o art. 990, § 5º do Novo CPC prevê a suspensão da prescrição das pretensões nos casos em que se repete a questão de direito. A medida é salutar para evitar a propositura de ações enquanto não se define a tese jurídica aplicável somente pelo receio do vencimento do prazo prescricional.

A admissão do incidente ora versado leva ao relator determinar a suspensão dos processos em primeiro grau dentro dos limites de competência territorial do tribunal de segundo grau. Processos em trâmite perante outro Estado ou Região não são alcançados pela suspensão determinada pelo relator, que não tem competência além do território de seu tribunal.

Pensando nesses processos que não são atingidos pela suspensão



determinada pelo relator o art. 997 do Novo CPC cria uma possibilidade de suspensão além dos limites territoriais do tribunal competente para o julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas.

Nos termos do art. 997, *caput*, visando à garantia da segurança jurídica, qualquer legitimado mencionado no art. 988, § 3º, II, poderá requerer ao tribunal competente para conhecer de recurso extraordinário ou recurso especial a suspensão de todos os processos individuais ou coletivos em curso no território nacional que versem sobre a questão objeto do incidente já instaurado.

Como se pode notar da regra legal é cabível pedido junto ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal para que todos os processos repetitivos em trâmite no território nacional sejam suspensos ainda que o incidente tenha sido suscitado em apenas um Estado (Justiça Estadual) ou em uma Região (Justiça Federal).

Os mesmos legitimados para suscitar o conflito ora analisado têm legitimidade para tal pedido, deixando claro o art. 997, § 1º do Novo CPC que independentemente dos limites da competência territorial, a parte em processo em curso no qual se discuta a mesma questão objeto do incidente é legitimada para requerer a providência prevista no *caput*.

Nos termos do § 2º do artigo ora analisado cessa a suspensão a que se refere o *caput* se não for interposto recurso especial ou recurso extraordinário contra a decisão proferida no incidente.

Caso não haja qualquer recurso contra tal decisão haverá o trânsito em julgado e a questão não chegará aos tribunais superiores, não havendo sentido na manutenção determinada por eles de suspensão dos processos. Mas é possível que haja interposição de recurso excepcional para tribunal distinto daquele que determinou a suspensão, quando a suspensão cessará, mas o incidente continuará seu tramite procedimental para julgamento em via recursal pelo tribunal superior competente. Nesse caso será cabível um novo pedido de suspensão dos processos para o tribunal que julgará o recurso interposto.

O pedido dirigido aos tribunais superiores quando já interposto recurso especial e/ou extraordinário está previsto no art. 1.042, § 4º, ao prever que por ocasião de incidente de resolução de demandas repetitivas, o presidente do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, quando receber requerimento de suspensão de processos em que se discuta questão federal constitucional ou infraconstitucional, poderá, considerando razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, estender a



eficácia da medida a todo o território nacional, até ulterior decisão do recurso extraordinário ou do recurso especial interposto.

9 PODERES DO RELATOR

Uma vez admitido o incidente de resolução de causas repetitivas pelo órgão colegiado, há diligências que deverão ser adotadas pelo relator na condução do incidente ora analisado.

Segundo o art. 990, § 1º do Novo CPC o relator suspenderá os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam no Estado ou na Região, conforme o caso. Nos termos do art. 990, § 2º do Novo CPC a medida será adotada por meio de expedição de ofício para os juízes diretores dos fóruns de cada comarca ou seção judiciária. Ainda que não haja previsão expressa nesse sentido entendo que o ofício deve conter o inteiro teor do incidente para que os juízes de primeiro grau possam analisar no caso concreto quais os processos estão vinculados ao incidente e por isso devem ser suspensos.

Além do ofício a ser expedido, é possível que as partes tomem conhecimento do incidente em razão da divulgação prevista no art. 989 do Novo CPC e já devidamente analisada. Nesse caso o § 4º do art. 990 do Novo CPC permite que a parte requeira a suspensão de seu processo demonstrando que a questão jurídica a ser decidida está abrangida pelo incidente a ser julgado pelo tribunal.

O mesmo dispositivo legal trata da conduta a ser adotada pela parte que não concordar com a suspensão de seu processo determinada pelo juízo de primeiro grau. O interessado pode requerer o prosseguimento do seu processo, demonstrando a distinção do seu caso, nos termos do art. 521, § 5º do Novo CPC.

Em qualquer hipótese haverá uma decisão do juízo de primeiro grau recorrível por agravo de instrumento, nos termos do art. 990, § 4º do Novo CPC.

É possível que durante o período de suspensão seja necessária a prática de algum ato urgente. Nesse caso, nos termos do § 3º do art. 990 do Novo CPC o pedido de tutela de urgência deverá ser dirigido ao juízo onde tramita o processo suspenso.

Segundo o art. 990, § 1º, II, do Novo CPC o relator poderá requisitar informações a órgãos em cujo juízo tramita processo no qual se discute o objeto do incidente, que as prestarão no prazo de quinze dias. E segundo o inciso III do mesmo dispositivo legal o relator intimará o Ministério Público para, querendo,



manifestar-se no prazo de quinze dias.

O dispositivo deixa claro que a exigência é de intimação do Ministério Público e não de efetiva manifestação, de forma que o procedimento deve seguir seu curso no caso de inércia do Ministério Público. O prazo de quinze dias, entretanto, é impróprio, de forma que a manifestação do *parquet* será admitida mesmo que depois de vencido o prazo, desde que seja feita antes do julgamento do incidente.

O art. 992 do Novo CPC prevê a participação das partes e demais interessados, inclusive com a possibilidade de designação de audiência pública pelo relator, já tendo sido devidamente analisado.

Após a conclusão das diligências ora analisadas o art. 993 do Novo CPC determina que o relator solicite dia para o julgamento do incidente.

10 JULGAMENTO E SEUS EFEITOS

Nos termos do art. 996, *caput* do Novo CPC o incidente será julgado no prazo de um ano e terá preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de *habeas corpus*. Sendo superado esse prazo o § 1º do artigo ora analisado prevê que cessa a suspensão dos processos prevista no art. 990, salvo decisão fundamentada do relator em sentido contrário.

O procedimento do julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas é tratado pelo art. 994 do Novo CPC.

Segundo o § 1º feita a exposição do objeto do incidente pelo relator, o presidente dará a palavra, sucessivamente, ao autor e ao réu do processo originário, e ao Ministério Público, pelo prazo de trinta minutos, para sustentar suas razões. Considerando o número de inscritos, o órgão julgador poderá aumentar o prazo para sustentação oral. Em seguida, os demais interessados poderão manifestar-se no prazo de trinta minutos, divididos entre todos, sendo exigida inscrição com dois dias de antecedência. Havendo muitos interessados, o prazo poderá ser ampliado, a critério do órgão julgador (§ 2º).

Nos termos do § 3º o conteúdo do acórdão abrangerá a análise de todos os fundamentos suscitados concernentes à tese jurídica discutida. A norma acertadamente exige uma fundamentação exauriente de todos os fundamentos suscitados no incidente em razão da eficácia vinculante do julgamento, mas erra ao condicionar o julgamento aos fundamentos suscitados.



Como o tribunal não está julgando ação ou recurso, mas incidente processual com o objetivo de fixar tese jurídica, não parece ser exigível a observância do princípio da adstrição, de forma que mesmo fundamentos não suscitados podem ser considerados pelo tribunal, ainda que para isso seja respeitado o contraditório com a intimação das partes e interessados para se manifestarem sobre tal fundamento.

O julgamento do incidente deve ocorrer mesmo que o autor do processo em primeiro grau desista de seu processo (art. 990, § 5º do Novo CPC), o que evita que partes interessadas em evitar a fixação de tese jurídica contrária a seus interesses se organizem para convencer o autor do processo que deu causa à instauração do incidente a desistir ou abandonar (desistência tácita) seu processo visando por consequência a extinção do incidente processual ora analisado.

O incidente de resolução de causas repetitivas é votado para conflitos de massa, nos quais se tem uma mesma parte no polo passivo ou partes diferentes que atuam no mesmo ramo econômico. Dessa forma, e a experiência dos recursos especiais e extraordinários repetitivos assim já demonstrou, é plenamente possível que os interessados pretendam evitar a fixação da tese jurídica com a desistência do processo que deu causa a instauração do incidente. A tática de perder os anéis para manter os dedos é vedada expressamente pelo art. 990, § 5º do Novo CPC.

Segundo o art. 995, *caput* do Novo CPC, julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo estado ou região.

Além de aplicação nos processos em tramite a tese jurídica fixada no incidente também atingirá casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do respectivo tribunal, até que esse mesmo tribunal a revise (§ 1º).

Essa revisão da tese jurídica fixada deve ser provocada pelo tribunal, de ofício, ou pelos legitimados a instauração do incidente, observando-se, no que couber, o disposto no art. 521, §§ 6º a 11 do Novo CPC (§ 3º).

A inobservância pelo juízo de primeiro grau da eficácia vinculante do julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas permite o ingresso de reclamação constitucional.

Finalmente, o art. 995, § 2º prevê que se o incidente tiver por objeto questão relativa a prestação de serviço concedido, permitido ou autorizado,



o resultado do julgamento será comunicado ao órgão ou à agência reguladora competente para fiscalização do efetivo cumprimento da decisão por parte dos entes sujeitos a regulação.

11 RECURSOS

O relator na condução do incidente proferirá decisões monocráticas interlocutórias, recorríveis por agravo interno. Da decisão que inadmite o incidente cabe recurso especial, como já analisado. E da decisão que julga o incidente no mérito cabe recurso especial e extraordinário. E de todas essas decisões cabe o recurso de embargos de declaração.

Segundo o art. 995, § 4º do Novo CPC contra a decisão que julgar o incidente caberá recurso especial ou recurso extraordinário, conforme o caso, que excepcionalmente não terão efeito suspensivo, presumindo-se a repercussão geral de questão constitucional discutida (art. 998, *caput* do Novo CPC). Trata-se, à evidência, de presunção absoluta de repercussão geral.

Interposto o recurso especial ou extraordinário, o art. 999 do Novo CPC prevê que os autos serão remetidos ao tribunal competente, independentemente da realização de juízo de admissibilidade na origem.

Caberá ao relator ou ao órgão colegiado competente a análise da admissibilidade do recurso especial ou extraordinário, não havendo nesse ponto qualquer excepcionalidade. Caso não tenha havido a suspensão dos processos em todo território nacional prevista no art. 997 do Novo CPC o órgão colegiado do tribunal superior poderá determiná-la, inclusive de ofício.

Sendo julgado o recurso especial ou extraordinário no mérito, o art. 995, § 5º prevê que a tese jurídica firmada será aplicada a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem no território nacional.

Por fim, o art. 998, parágrafo único do Novo CPC prevê que no tribunal superior, o relator que receber recurso especial ou extraordinário originário de incidente de resolução de demandas repetitivas ficará prevento para julgar outros recursos que versem sobre a mesma questão.

12 SÍNTESE CONCLUSIVA

Apesar de representar uma clara tendência do direito nacional em



preservar a jurisprudência formada pelos tribunais superiores, o incidente de resolução de causas repetitivas trará ao sistema processual inúmeras questões procedimentais. O presente artigo representa uma tímida contribuição a respeito do tema.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Amicus curiae no processo civil**: um terceiro enigmático. São Paulo: Saraiva, 2006.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Incidente de resolução de causas repetitivas no novo CPC. In: ROSSI, Fernando; RAMOS, Glauco Gumerato; GUEDES, Jefferson Carús; DELFINO, Lúcio; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro (Org.). **O futuro do processo civil no Brasil**. Belo Horizonte: Forum, 2011. p. 329-346.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. A intervenção de terceiros no processo de controle abstrato de constitucionalidade: a intervenção do particular, do colegitimado e do *amicus curiae* na ADIn, ADC e ADPF. In: ALVIM, Eduardo Pellegrino de Arruda; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues del. Breves considerações sobre o *amicus curiae* na ADIn e sua legitimidade recursal. In: ALVIM, Eduardo Pellegrino de Arruda; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.



**REPETITIVE CLAIMS RESOLUTION INCIDENT ON
THE NEW CIVIL PROCEDURE CODE BILL****ABSTRACT**

The New Civil Procedure Code bill follows the Brazilian civil procedure trend of valuing higher Courts precedents. Among the novelties is the repetitive claims resolution incident, aiming to enable Courts to establish a legal interpretation that must be adopted as grounds to decide other cases dealing with the same legal matter. The target of this paper is to contribute to the procedural aspects pertaining to the repetitive claims resolution incident.

Keywords: Bill. Law. New Civil Procedure Code. Incident. Resolution. Lawsuits. Repetitive. Court precedents. Binding. Legal certainty. Equality under the law.



O CASO PRESTIGE: A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DA ESPANHA E AS MUDANÇAS NA LEGISLAÇÃO DE NAVIOS MONÓCASCOS

Gabriel Victor Rodrigues Pinto¹

Acadêmico de Direito do 4º período da UFRN

Ingrid Zanella Andrade Campos²

Doutora e mestre em Direito pela UFPE

RESUMO

O presente trabalho busca analisar a responsabilidade internacional da Espanha em face do acidente envolvendo o navio Prestige, além de discutir as posteriores emendas na legislação de navios monocascos. Introdutivamente, tecem-se considerações indispensáveis sobre o direito a um meio ambiente equilibrado e sobre os impactos promovidos no navio petroleiro. Em

¹ Bolsista do CAPES no programa Jovens Talentos para a Ciência e Técnico em Informática pelo Instituto Federal do Rio Grande do Norte.

² Professora Adjunta da UFRN (graduação e pós-graduação). Presidente da Comissão de Direito Marítimo, Portuário e do Petróleo da OAB/PE. Membro da Comissão de Meio Ambiente da OAB/PE. Coordenadora acadêmica e Professora da Pós-Graduação em Direito Marítimo, Portuário e do Petróleo da UniNassau, PE. Professora da Pós-Graduação em Direito Marítimo e Portuário da Faculdade de Direito de Vitória, ES. Professora da Pós-Graduação em Direito Marítimo e Portuário da UNIVALI, SC. Professora da Pós-Graduação em Direito Marítimo e Portuário da UNISANTOS, SP. Auditora Ambiental Líder. Perita Ambiental Judicial.

seguida, analisa-se a possibilidade ou não de se atribuir a responsabilidade internacional às pessoas jurídicas de direito público sem ferir o princípio da soberania dos Estados. Proceda-se também ao estudo das emendas promovidas pela Organização Marítima Internacional na Convenção Internacional Para a Prevenção da Poluição por Navios sobre embarcações de casco único. Conclui-se pela necessidade de se garantir o direito ao meio ambiente – dando ênfase ao ecossistema marinho – por meio não só da eficácia de tratados e convenções internacionais, mas também de sanção jurídica internacional àquelas nações que agirem de forma negligente ou imprudente frente seu dever de preservar.

Palavras-chave: Prestige. Navio Monocasco. Responsabilidade Internacional. Fuelóleo. Meio Ambiente. Mar. Espanha.

“O mar não é um obstáculo, é um caminho.”
(Amyr Klink)

1 INTRODUÇÃO

A evolução da ciência jurídica permite que novos direitos subjetivos possam emergir no plano legal, desta forma, o direito ao meio ambiente não poluído é reconhecido como um direito fundamental, diretamente ligado à dignidade humana, conforme consagrado na Constituição Federal de 1988. O meio ambiente ecologicamente equilibrado é constitucionalmente qualificado como bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida, sendo dever de todos e do Poder Público tutelá-lo, não só em benefício das presentes gerações, mas também em prol das que virão.

Sobre esse tema, Maguelonne Déjant-Pons (*apud* MACHADO, 1994, p. 25), Doutora em Direito da Universidade de Montpellier, elucida que: “o direito ao meio ambiente é um dos maiores direitos humanos do século XXI, na medida em que a humanidade se vê ameaçada no mais fundamental de



seus direitos – o da própria existência”.

Em se tratando da consolidação desse direito, legislações ao redor do mundo já garantem ampla proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, como também penalizam aqueles que cometerem condutas ou atividades consideradas lesivas ao meio ecológico, tanto pessoas físicas como jurídicas, de direito privado e público.

Assim, correntes doutrinárias, como a da Teoria da Personalidade Real³, defendem a responsabilização tanto das pessoas jurídicas de direito privado, quanto das de direito público, entendimento que vem ganhando cada vez mais força na doutrina internacional, inclusive na brasileira.

A discussão, a respeito da responsabilização das pessoas jurídicas por atos lesivos ao meio ambiente, ganhou destaque, após um dos maiores desastres ambientais marítimos ocorridos na Europa, o caso do navio Prestige. Ainda no início dos anos 2000, o navio petroleiro Prestige se partiu ao meio, naufragou e afundou próximo à costa da Galícia, despejando toneladas de fuelóleo no ambiente marinho. Autoridades espanholas foram as responsáveis por coordenar todo o processo de reboque, que, ao que se pensa, pode ter agravado a situação da embarcação.

Daí surge, portanto, o dever do presente artigo de, frente a este desastre ecológico, não só discutir os desdobramentos do acidente ambiental, mas também de tratar das devidas responsabilizações internacionais dadas à Espanha.

2 O CASO PRESTIGE

Para que se possa entender o acidente envolvendo o navio⁴ petroleiro Prestige, é preciso tecer uma breve retrospectiva dos fatos.

Primeiramente, em 13 de novembro de 2002, enquanto atravessava

³ A Teoria da Personalidade Real – ou da Realidade Objetiva, como também é conhecida – teve como um de seus precursores o alemão Otto Gierke. De acordo com ela, a pessoa jurídica possui alguns atributos, como: personalidade real e autonomia própria. Isto faz dela capaz de praticar, também, como qualquer pessoa natural, atos ilícitos, sejam eles civis ou penais.

⁴ Não se pretende ingressar na problemática envolvendo a diferença entre navio e embarcação, desta forma, o presente artigo adotou o conceito de navio como gênero de embarcação destinado ao transporte.



o Golfo de Biscaia, o navio Prestige enfrentou uma forte tempestade, o que resultou na avaria de um dos doze tanques do navio. De imediato, o capitão Apóstolos Mangouras providenciou todo o procedimento de segurança, de acordo com as normas internacionais, além de realizar o pedido de socorro, navegou rumo ao porto mais próximo, qual seria: o da costa espanhola na Galícia.

Toda a problemática se agrava quando Mangouras mantém o primeiro contato com as autoridades marítimas espanholas. Neste momento, a entrada do navio no Porto de Corunha é negada, e tão logo, o capitão é obrigado a mudar drasticamente o seu rumo e se afastar da costa da Galícia.

Posteriormente, navegando rumo a mar aberto, o Prestige para de responder e fica à deriva⁵. Prontamente, as equipes de resgate espanholas são acionadas e 27 tripulantes são retirados do navio, só restando o capitão, o chefe de máquinas e o imediato. Diante desta grave situação, os espanhóis sugerem o reboque do navio. Inicialmente, porém, Apóstolos Mangouras, capitão do navio Prestige, se nega a autorizar o reboque, com a justificativa de que só autorizaria o procedimento após entrar em contato com o armador do navio (AZEVEDO, 2011).

Com o passar do tempo, o capitão cede à pressão e os navios rebocadores começam a rebocar o navio Prestige, neste momento, então ocorre uma suposta negligência, pois ao contrário do que parecia ser o mais prudente, sob ordem de autoridades de seu país (Espanha), os três rebocadores levam o navio para águas internacionais – ainda mais turbulentas –, com o pretexto de afastá-lo da costa⁶.

A referida decisão agravou de forma significativa o problema e, em pouco tempo, o navio Prestige teve seu casco deteriorado, onde o naufrago findou por ser inevitável. As consequências desse acidente ambiental serão abordadas no ponto que se segue.

2.1 Consequências do acidente ambiental envolvendo o navio Prestige

O fuelóleo lançado ao mar com o rompimento do casco do navio

⁵ Termo técnico usado quando um navio perde força propulsora para seguir sua rota e fica sujeito, tão somente, à força da corrente marinha e dos ventos.

⁶ Neste ponto, tanto Portugal quanto a França também negaram qualquer tipo de assistência ao navio Prestige, não permitindo que o referido navio se aproximasse de suas costas.



Prestige é de alto nível tóxico, contendo substâncias prejudiciais à saúde humana, como, por exemplo, os Hidrocarbonetos Policíclicos Aromáticos (ARBILLA; BAREK; PEREIRA NETTO, 2000). Os efeitos do referido vazamento variam entre aqueles de curto, médio e longo prazo, trazendo sérios prejuízos ambientais, sociais e econômicos.

Numa perspectiva ambiental, deve-se considerar que o fuelóleo pode causar graves danos aos organismos humanos e às comunidades marinhas. Os tipos de efeitos podem ser divididos de três formas distintas: diretos letais, diretos subletais e indiretos. Aqueles diretos e letais serão resultado da impregnação de óleo no corpo dos organismos vivos e na sua morte por asfixia. Estes efeitos são facilmente visíveis pela imediata mortalidade de aves marinhas e das espécies de fauna e flora sedentárias. Os diretos e subletais apenas serão visíveis em longo prazo, pois representam os impactos fisiológicos e bioquímicos destes animais, como o sucesso reprodutivo e as alterações genéticas. Em último grau, os efeitos indiretos são marcados pela desarmonização profunda no meio ecológico, uma vez que as relações entre estes agentes biológicos serão seriamente atingidas.

Entretanto, como já foi dito, os danos provocados pelo Prestige não estarão reduzidos apenas ao aspecto ambiental. Diversas consequências econômicas puderam ser notadas durante os meses que se seguiram. A indústria pesqueira ficou paralisada por três meses após o acidente, e diversos prejuízos foram registrados na área comercial. Isso se deu principalmente pela desconfiança dos consumidores em comprar um produto potencialmente contaminado. Logo, não é difícil imaginar que as consequências econômicas seriam bem severas. A Câmara de comércio da Galícia estima que as perdas podem ser equivalentes a um bilhão e 390 milhões de euros.

Todo esse impacto ambiental também trouxe prejuízo no viés social. A Galícia tem uma ligação histórica e cultural com a atividade pesqueira, e boa parte de seus habitantes possuem algum vínculo com o setor. Segundo o Ministério da Pesca Regional do Governo Autônomo da Galícia, algo como 12.2% dos habitantes daquela região estão empregados direta ou indiretamente com a pesca. Significando, portanto, um alto número de pessoas atingidas pelo desastre.

3 A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DA ESPANHA

A partir de agora, o presente artigo se dedicará a refletir sobre as



responsabilidades cabíveis ao Estado Espanhol em face do naufrago do navio Prestige.

Primeiramente, a responsabilização penal de uma pessoa jurídica nem sempre foi um assunto pacificado, até os dias atuais, diversos estudiosos fazem críticas severas sobre o assunto. Nesse sentido, explicam os autores Nelson Rosenvald e Cristiano Farias (2013, p. 459), que a responsabilização só veio a surgir quando uma nova tendência emanada do Direito Europeu rompeu com o tradicional dogma de *societas delinquere non potest*.

De acordo com esse dito brocardo, a pessoa jurídica jamais poderia ser responsabilizada por um ato delitivo, uma vez que seu caráter fictício impossibilita qualquer tipo de capacidade decisória e, consequentemente, ação dolosa. Savigny (1845), em sua Teoria da Ficção Legal, defende que este ente carece de vontade própria, de consciência autônoma e sua existência é meramente abstrata.

Dessa forma, ele é impossibilitado de realizar qualquer juízo de valor, não se podendo exigir a penalização de seus atos. Entretanto, esse pensamento vem sendo relativizado, uma vez que já se entende como válida a sua responsabilização (FREITAS, 2011).

Porém, a ideia de que essa responsabilização transcende as pessoas jurídicas de direito privado, alcançando, também, aquelas de direito público, mesmo controvertida, vem ganhando força na doutrina internacionalista. Atualmente, o Estado possui controle de uma gama gigantesca de atividades, sua atuação alcança desde os serviços públicos mais básicos, como o transporte urbano, até as mais diversas empresas estatais. Logo, é difícil imaginar que suas decisões não gerem consequências relevantes tanto no plano interno, quanto no plano da comunidade internacional. Continuar negando esse tipo de responsabilização seria mitigar a harmonia entre os Estados internacionais e o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado. E, por isso, devem as nações assumir os encargos provenientes de suas condutas.

Uma parte da doutrina, como os teóricos constitucionalistas Paulo Bonavides (2012) e José Afonso da Silva (2014), irá, assim que possível, refutar a responsabilização das pessoas jurídicas de direito público, alegando ela ser incompatível com a lógica de soberania dos Estados. Entretanto, deve-se entender que o Direito Internacional passou a ter um papel fundamental na atualidade, um mundo cada vez mais conectado e globalizado precisa da cooperação incessante de seus países para um ambiente mais harmônico.

Nesse sentido, como bem colocou Luigi Ferrajoli (2002, p. 39-40), a ratificação de Tratados e Convenções internacionais, pelos países signatários,



é a oficial abdicação destes Estados de parte de sua soberania externa.

Dessa forma, Valério Mazzuoli (2011, p. 79), coloca que os países que ratificam documentos internacionais devem incorporá-los a seu ordenamento jurídico, e considerá-los perante seu valor normativo, sob pena de, quando não cumpri-los, responderem por sua responsabilidade internacional.

Atualmente, os Tratados e Convenções Internacionais assumiram uma importante função, pois seus textos solidificam os direitos fundamentais nos ordenamentos jurídicos e já podem servir de parâmetro para os atos estatais. Com a relevância dada à preservação do meio ambiente a partir dos anos 70⁷, esses acordos internacionais também se ocuparam em tratar deste assunto, incluindo, em suas normativas, o dever de agir em conformidade com um ambiente preservado.

Diante do acidente ambiental envolvendo o navio Prestige, o conjunto de condutas assumidas pela Espanha não era condizente com aquilo ratificado na Convenção das Nações Unidas Sobre o Direito do Mar (1982). A partir do momento em que as autoridades marítimas espanholas, cientes do problema, negaram a entrada do Prestige no Porto de Corunha, foram de encontro com o artigo 194º, inciso I, da citada Convenção, que preza pela cooperação imediata frente à poluição marinha, *in verbis*:

I - os Estados devem tomar, individual ou conjuntamente, como apropriado, todas as medidas compatíveis com a presente Convenção que sejam necessárias para prevenir, reduzir e controlar a poluição do meio marinho, qualquer que seja a sua fonte, utilizando para este fim os meios mais viáveis de que disponham e de conformidade com as suas possibilidades, e devem esforçar-se por harmonizar as suas políticas a esse respeito.

Em sua defesa, as autoridades marinhas espanholas dizem não ter permitido a entrada do navio em porto espanhol devido à ação imprudente do capitão do referido navio, pois, em uma tentativa de evitar mais vazamento de fuelóleo no mar, ele teria tentando encher os tanques do navio com água,

⁷ Os anos 70 foram marcados por inúmeros eventos fundamentais para o início das discussões sobre um meio ambiente preservado. Como exemplo disto, em 1971, os estados escandinavos assinaram o Acordo de Copenhague, que visava o combate à poluição marinha. Também na mesma década, em 1972, ocorreu a primeira Conferência das Nações Unidas sobre o meio ambiente em Estocolmo, que contou com representantes de 113 países.



o que teria ocasionado em uma sobrecarga do navio Prestige.

Essa justificativa não exclui, porém, as responsabilidades do Estado europeu, pois a decisão de afastar o navio da costa e lavá-lo para águas internacionais se mostrou como outro completo equívoco. Isto porque, durante o reboque, o mar aberto estava muito agitado, o que resultou em uma abertura ainda maior da fenda nos tanques do navio Prestige. Segundo o jornal espanhol “La voz da Galícia” (RIVAS, 2002), o capitão Apóstolos Mangouras sugeriu mais de uma vez às autoridades espanholas que ancorassem a embarcação em águas calmas e retirassem, antes de mais nada, sua carga – o fuelóleo. Entretanto, o capitão teve, por repetidas vezes, seu pedido negado.

A decisão de rebocar o navio Prestige para águas internacionais, por si, já é bastante crítica, no entanto, todas as consequências se agravaram pela completa negligência durante o procedimento de reboque. As ações deveriam ter sido realizadas com a máxima cautela, visando evitar o naufrago do navio Prestige e o agravamento da situação, evitando danos ao meio ambiente.

O corpo técnico espanhol também pecou em não ter tomado medidas emergenciais na contenção do fuelóleo lançado ao mar, com o acidente. Tendo ciência do vazamento, as autoridades poderiam ter feito uso de boias de contenção, a técnica mais indicada neste tipo de acidente. Todo o procedimento ocorreria da seguinte maneira: pequenas embarcações seriam responsáveis por rebocar um conjunto de boias ao local do acidente, distribuindo-as em torno da mancha de óleo. Esta barreira iria impedir, eficientemente, a propagação da substância na água, e tornaria possível a limpeza da região através de bombas de sucção (LIMA, 2010).

Não pode haver dúvidas, de acordo com os atos narrados, acerca da responsabilidade direta do Estado sobre o acidente ambiental. A pessoa jurídica de direito público não está imune aos atos cometidos por seus agentes públicos, nem tampouco por aqueles cometidos por pessoas jurídicas de direito privado em exercício de serviço público, considerando que a ação desses entes é a manifestação da vontade do Estado. Desta forma, não só os agentes deverão responder individualmente por suas responsabilidades, mas também o país, por ter desrespeitado o seu dever de cuidado perante a preservação marítima. Falando do mesmo tema, segue as ideias de Nelson Rosenvald (2013, p. 449):

As pessoas jurídicas de direito público, os entes da administração indireta – inclusive as pessoas jurídicas de direito privado (sociedades de economia mista e empresas públicas)



– e as pessoas jurídicas de direito privado que exercem serviço público, por concessão ou permissão, respondem objetivamente, independente de culpa, pelas condutas lesivas de seus agentes, exceto quando provenientes de conduta exclusiva da vítima, de fato de terceiro ou de caso fortuito ou força maior.

Resta, agora, entender que tipo de responsabilidade pode ser atribuída à Espanha. Primeiramente, não se pode confundir a responsabilidade penal com a responsabilidade internacional. O professor de Direito Penal da Universidade de Coruña Carlos Martínez-Buján Pérez escreveu sobre o tema, ao analisar a responsabilidade do Estado espanhol na esfera penal, uma vez que as ações do governo podem ser tipificadas dentro do próprio Código Penal da Espanha. Para tanto, ele cita a infração do art. 330⁸, que defende o espaço natural protegido, e o art. 326⁹, associado ao artigo. 331¹⁰, que trata dos delitos ecológicos.

No que tange à responsabilidade internacional, Mazzuoli (2011, p. 560) propõe que a responsabilidade penal só irá se manifestar, no direito internacional, em casos excepcionais, como no genocídio, crimes de guerra e contra a humanidade. Nestes casos, a responsabilidade penal é reservada apenas ao indivíduo.

É comum, também, ouvir-se falar de responsabilidade penal internacional, mas este termo está normalmente associado de conceitos como

⁸ Artículo 330: “Quien, en un espacio natural protegido, dañare gravemente alguno de los elementos que hayan servido para calificarlo, incurrirá en la pena de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses”.

⁹ Artículo 326: “se impondrá la pena superior en grado, sin perjuicio de las que puedan corresponder con arreglo a otros preceptos de este Código, cuando en la comisión de cualquiera de los hechos descritos en el artículo anterior concorra alguna de las circunstancias siguientes: a) Que la industria o actividad funcione clandestinamente, sin haber obtenido la preceptiva autorización o aprobación administrativa de sus instalaciones; b) Que se hayan desobedecido las órdenes expresas de la autoridad administrativa de corrección o suspensión de las actividades tipificadas en el artículo anterior; c) Que se haya falseado u ocultado información sobre los aspectos ambientales de la misma; d) Que se haya obstaculizado la actividad inspectora de la Administración; e) Que se haya producido un riesgo de deterioro irreversible o catastrófico; f) Que se produzca una extracción ilegal de aguas en período de restricciones”.

¹⁰ Artículo 331: “los hechos previstos en este Capítulo serán sancionados, en su caso, con la pena inferior en grado, en sus respectivos supuestos, cuando se hayan cometido por imprudencia grave”.



“individual” ou “pessoal”, uma vez que se refere também, exclusivamente, a um crime de pessoa natural. Quando um país faltar com seu dever perante seus tratados e convenções, sua responsabilização é, unicamente, internacional, tendo em vista uma suposta instabilidade de suas relações com os demais países.

As consequências do vazamento de fuelóleo do navio Prestige atingiram muito além da costa espanhola, tanto Portugal como a França sofreram impactos severos com essa catástrofe. Por exemplo, entre as consequências imediatas, está a morte de aves da região, onde só em Portugal, foram recolhidas 840 aves vítimas do vazamento do navio Prestige. Resta, portanto, ameaçada toda a biodiversidade e recursos haliêuticos da região.

O Parlamento Europeu também se posicionou sobre o caso em comento. Na proposta de resolução B5-668/2002, a instituição parlamentar propõe inúmeras medidas para conter as consequências do desastre e para apurar as responsabilidades do ocorrido. Dentre elas, uma comissão de inquérito do próprio Parlamento para apurar, dentre outras coisas, “o grau de responsabilidade do Estado e das autoridades regionais, e, em particular, das autoridades espanholas e galegas, envolvidas nas operações de resgate e limpeza”.

4 SEGURANÇA NÁUTICA AMBIENTAL: NAVIOS PETROLEIROS DE CASCO DUPLO

Os estragos promovidos pelo Prestige ensejaram uma longa discussão, sobretudo no campo das leis de segurança marítima, envolvendo a problemática acerca dos navios petroleiros monocascos.

Navios monocascos compreendem aquelas embarcações mais frágeis, que possuem um único revestimento exterior, ou seja, um único casco. Esta fragilidade compromete seriamente a segurança marítima, visto que, em se tratando de petroleiros, o casco é a única barreira entre os tanques de óleo e o mar. Segundo o The Wall Street Journal, oito dos doze piores vazamentos de óleo entre o ano de 2001 e 2008 ocorreram com navios monocascos.

Estas prerrogativas foram suficientes para mobilizar a Comunidade Internacional sobre o assunto. Já em 1992, por meio da emenda MEPC 52(32), foram incluídas as regras 13F e 13G na Convenção Internacional para a Prevenção da Poluição por Navios – também conhecida por MARPOL. Essas regras obrigavam os navios de porte bruto, de capacidade igual ou superior



a 600 toneladas, a serem fabricados com maior resistência, ou seja, com casco duplo (DORIA; GUIMARÃES, 2011). Essa regra deverá se aplicar a petroleiros de 600 toneladas de porte bruto ou mais, entregues em 06 de julho de 1996 ou depois, consoante Convenção MARPOL. Nesse sentido, o *Oil Pollution Act*, de 1990, nos Estados Unidos, proíbe monocascos em águas estadunidenses.

Em resposta ao acidente envolvendo o navio *Prestige*, tanto o Parlamento Europeu (PE) quanto a Organização Marítima Internacional (OMI) se mobilizaram. O PE, em 23 de julho de 2003, através do seu Regulamento (CE) 1726/2003 foi feliz em também proibir que navios de casco simples transitassem e aportassem entre os portos dos Estados-membros da União Europeia. No mesmo sentido, também em 2003, a OMI adotou nova emenda para acelerar a proibição progressiva, ou sua devida substituição, deste tipo de navio.

No que diz respeito à categoria¹¹ de petroleiros, os prazos máximos estipulados pela emenda foram os seguintes: “5 de abril de 2005 para navios entregues em 5 de abril de 1982 ou antes e 2005 para navios entregues depois de 5 de abril de 1982”.

Já em relação àqueles de categoria 2 e 3, os prazos máximos foram:

- (a) 5 de abril de 2005 para navios entregues em 5 de abril de 1977 ou antes;
- (b) 2005 para navios entregues depois de 5 de abril de 1977, mas antes de 1º de janeiro de 1978;
- (c) 2006 para navios entregues em 1978 e 1979;
- (d) 2007 para navios entregues em 1980 e 1981;
- (e) 2008 para navios entregues em 1982;

¹¹ As categorias de navio possuem sua devida classificação discriminadas na MARPOL: “(a) Petroleiro da Categoria 1 significa um petroleiro de 20.000 toneladas de porte bruto ou mais, que transporta óleo cru, óleo combustível, óleo diesel pesado ou óleo lubrificante como carga, e de 30.000 toneladas de porte bruto ou mais que transporta outros óleos que não os acima, que não atenda às exigências para petroleiros entregues depois de 1º de junho de 1982; (b) Petroleiro da Categoria 2 significa um petroleiro de 20.000 toneladas de porte bruto ou mais, que transporta óleo cru, óleo combustível, óleo diesel pesado ou óleo lubrificante como carga, e de 30.000 toneladas de porte bruto ou mais que transporta outros óleos que não os acima, que atenda às exigências para petroleiros entregues depois de 1º de junho de 1982; e (c) Petroleiro da Categoria 3 significa um petroleiro de 5.000 toneladas de porte bruto ou mais, mas de menos do que o especificado no subparágrafo 1 ou 2 do parágrafo 3º da Regra 20”.



- (f) 2009 para navios entregues em 1983; e
- (g) 2010 para navios entregues em 1984 ou depois.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Entende-se que o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado deve ser mantido, através de um ação conjunto entre os Estados soberanos, necessitando um trabalho contínuo de cada nação. Essa ação conjunta deve se manifestar através dos seguintes meios: (a) fortalecimento de legislação que versem sobre o meio ambiente e sua proteção; (b) cumprimento de tratados e convenções internacionais que tratem da preservação do meio ambiente; e (c) ações efetivas, promovidas por cada governo, na recuperação e preservação do ambiente.

No caso de ação negligente ou imprudente cometida por qualquer um dos Estados, deve-se haver a devida responsabilização internacional, tendo em vista o seu dever de reparar a qualidade ambiental. É de extrema importância não só a reestabilização do equilíbrio ecológico, mas também a fixação de uma indenização a todos aqueles afetados pela catástrofe ambiental.

Consoante à fundamentação, entende-se que, em face do acidente ambiental envolvendo o navio Prestige, a Espanha possui manifesta responsabilidade internacional, uma vez que o conjunto de ações operadas por suas autoridades provocaram e agravaram o naufrágio do petroleiro. O Estado europeu agiu de modo inconveniente, pois desrespeitou a Convenção das Nações Unidas Sobre o Direito do Mar e, desta forma, deve assumir sua responsabilidade de reparar os danos à comunidade internacional.

REFERÊNCIAS

ARBILLA, Graciela. BAREK, Jiri. Oliveira, Luiz. Dias, Josino. PEREIRA NETTO, Annibal. **Avaliação da Contaminação Humana por Hidrocarbonetos Policíclicos Aromáticos (Hpas) e Seus Derivados Nitrados (Nhpas): Uma Revisão Metodológica.** Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/qn/v23n6/3533.pdf>>. Acesso em: 29 abr. 2014.

AZEVEDO, Erik. **Marítimo como vilão – O acidente com o tanque**



Prestige. Disponível em: <<http://www.blogmercante.com/2011/05/maritimocomo-vilao-o-acidente-com-o-tanque-prestige/>>. Acesso em: 24 maio 2014.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

CIMAR. **Relatório do Grupo de Trabalho Sobre o Derrame do Prestige**. Disponível em: <<http://www.ciimar.up.pt/prestige/Prestige.pdf>>. Acesso em: 24 maio 2014.

DIRETORIA DE PORTOS E COSTAS. **MARPOL 73/78 – ANEXO I: REGRAS PARA A PREVENÇÃO DA POLUIÇÃO POR ÓLEO**. Disponível em: <https://www.dpc.mar.mil.br/servicos/concurso/inspetor14/marpol_anx1.pdf>. Acesso em: 23 abr. 2014.

DÉJEANT-PONS, Maguelonne. **In Revue Universelle des Droits de l'Homme**: “l’insertion du droit de l’homme à l’environnement dans les systèmes regionaux de protection de droit de l’homme”. Strasbourg-Kehl. vol.3. n. 11, p. 461-470, 1991.

DORIA, Maria Alice; GUIMARÃES, Patrícia. **Um Marco Crucial**. Disponível em: <[http://www.djrlaw.com.br/upload/noticia/74_Artigo - Um Marco Crucial - MAD e PGU.pdf](http://www.djrlaw.com.br/upload/noticia/74_Artigo%20-%20Um%20Marco%20Crucial%20-%20MAD%20e%20PGU.pdf)>. Acesso em: 29 maio 2014.

ESPANHA. Artigo nº 326, de 23 de dezembro de 2010. **Código Penal**. Disponível em: <http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/I_20121008_02.pdf>. Acesso em: 12 maio 2014.

_____. Artigo nº 330, de 23 de dezembro de 2010. **Código Penal**. Disponível em: <http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/I_20121008_02.pdf>. Acesso em: 12 maio 2014.



_____. Artículo nº 331, de 23 de dezembro de 2010. **Código Penal**. Disponível em: <http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/l_20121008_02.pdf>. Acesso em: 12 maio 2014.

EURONEWS. **Prestige: o maior desastre ambiental em Espanha**. Disponível em: <<http://pt.euronews.com/2013/11/13/prestige-o-maior-desastre-ambiental-em-espanha/>>. Acesso em: 24 maio 2014.

FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**. Tradução de Carlo Coccioli e Márcio Lauria Filho. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Título original: La sovranità nel mondo moderno.

FREITAS, Vladimir Passos de. **Crimes contra a natureza**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

GREENPEACE. **The Prestige Disaster: one year on**. Disponível em: <<http://www.greenpeace.org/international/Global/international/planet-2/report/2003/11/the-prestige-disaster-one-yea.pdf>>. Acesso em: 21 abr. 2014.

LA OPINION CORUÑA. **El excapitán marítimo de A Coruña actuaría hoy igual con el Prestige**. Disponível em: <<http://www.laopinioncoruna.es/galicia/2012/12/12/excapitan-maritimo-coruna-actuaria-hoy-igual-prestige/673231.html>>. Acesso em: 08 maio 2014.

LIMA, Alvaro José Rodrigues de et al. Simulador de Contenção de Vazamento de Petróleo em Mar Aberto. **Journal Virtual Reality**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 2, p.1-11, dez. 2010. Disponível em: <[http://www.latec.ufrrj.br/revistas/index.php?journal=realidadevirtual&page=article&op=view&path;\[\]=211&path;\[\]=332](http://www.latec.ufrrj.br/revistas/index.php?journal=realidadevirtual&page=article&op=view&path;[]=211&path;[]=332)>. Acesso em: 24 maio 2014.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 5. ed.



São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

PARLAMENTO EUROPEU. **Resolução do Parlamento Europeu sobre as consequências do acidente que envolveu o petroleiro Prestige ao largo da costa da Galiza e do Norte de Espanha.** Disponível em: <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+MOTION+B5-2002-0668+0+DOC+XML+V0//PT>>. Acesso em: 27 abr. 2014.

PORTOS DE PORTUGAL. **Foram recolhidas em Portugal 840 aves vítimas do “Prestige”.** Disponível em: <<http://www.portosdeportugal.pt/UserFiles/aves.pdf>>. Acesso em: 03 maio 2014.

RIVAS, Xosé Luís Barreiro. **Libertad para Mangouras.** Disponível em: <http://www.lavozdegalicia.es/hemeroteca/2002/12/25/1389932.shtml?utm_source=buscavoz&utm_medium=buscavoz>. Acesso em: 24 maio 2014.

ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de Direito Civil.** 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

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

THE WALL STREET JOURNAL. **Single-Hull Oil Tankers Persist as Global Risk.** 2008. Disponível em: <<http://online.wsj.com/news/articles/SB120966690713660077>>. Acesso em: 23 abr. 2014.

UNIVERSIDADE DE COIMBRA. **Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar.** Disponível em: <http://www.un.org/depts/los/convention_agreements/texts/unclos/convemar_es.pdf>. Acesso em: 04 maio 2014.



CASE PRESTIGE: THE SPAIN'S INTERNACIONAL LIABILITY AND THE CHANGES IN THE LAW OF SINGLE HULL VESSELS

ABSTRACT

This paper tries to analyze the Spain's international liability in light of the case Prestige, also discussing a later amendment in the law of single hull vessels. Introductorily, exposes essential considerations about the right to a balanced environment and the impacts promoted by the tanker accident. Then, analyzes whether exists or not the possibility of international liability to public-law legal persons without undermining the principle of State sovereignty. It also proceeds with the study of the amendments introduced by the International Maritime Organization on International Convention for the Prevention of Pollution from Ships about single hull vessels. It concludes to the needing to guarantee the right to the environment - emphasizing the maritime ecosystem - through not only the effectiveness of international treaties and conventions, but also international legal sanction to those nations who act negligently or recklessly in face of your duty to preserve.

Keywords: Prestige. Single Hull Vessels. International Liability. Fuel oil. Environment. Sea. Spain.



Posfácio

Muito me envaidece o privilégio de mais uma vez compor as páginas desse poema em forma de revista, que é a *In Verbis*. Confesso que, apesar do título eleito, careço da sensibilidade poética para homenagear a altura essa que considero a mais esplendorosa criação do gênero, articulada por iniciativa do corpo discente de nossa Universidade Federal do Rio Grande do Norte. E o melhor: a cada edição ela se apresenta mais completa e mais exuberante, nivelando-se mesmo àquelas de grande envergadura que circulam nacionalmente.

Por isto, merecem encômios os altruístas que ao longo de dezenove anos, num trabalho intermitente e voluntarioso, sem qualquer fim lucrativo, lançam-se de corpo e alma à produção dessa pérola acadêmica. Ainda, sinto que não é despiciendo realçar a coragem histórica do grupo de universitários que desafiados por suas próprias ideias, ajuntadas nos corredores da UFRN, evoluiu magnânimo e harmonioso para lançar em junho do ano de 1995, a primeira edição daquela que hoje se apresenta como a mais antiga revista do país elaborada exclusivamente por estudantes de Direito.

Como corolário da feliz ideia enunciada a Revista *In Verbis* tornou-se uma publicação da UFRN, inclusive indexada internacionalmente e uma referência paradigmática para os fins a que se propôs. Do perfil mais tímido de sua concepção original às atuais e sofisticadas edições, a Revista encontra-se aberta para recepcionar trabalhos de professores e de estudantes, inclusive de outras universidades, e publicá-los a partir de critérios de escolha verdadeiramente éticos.

Na edição atual a Revista põe na ordem do dia temas dos mais diversos matizes, especialmente sob o prisma constitucional. Estes se reportam ao direito do consumidor (cadastro positivado), direitos coletivos

(transportes urbanos), direitos trabalhistas (dispensa imotivada), direitos ambiental e tributário (tributação ecológica), direito internacional (OMC), cidadania (necessidade de procuração pública para representação processual de analfabetos), bioética (gravidez não planejada, condenação da mulher), Petrobras (tratamento diferenciado), direito internacional (convenção internacional sobre os direitos da pessoa com deficiência – novo paradigma), direitos da personalidade (liberdade de expressão e direito à privacidade – a questão das biografias).

Enfim, por tudo exposto, posso asseverar que fazer parte da Revista *Jurídica In Verbis*, como está assinalado no seu próprio site, é ter, acima de tudo, amor ao Direito, à produção científica, ao debate de idéias e à reflexão discente (e também docente) acerca da ciência jurídica e de sua implicação social. Portanto, não é demais elegê-la como importante veículo de difusão do conhecimento científico e da pesquisa, completando, destarte, os aspectos finalísticos institucionais de nossa UFRN.

Francisco de Sales Matos

Professor Substituto e Assistente do Curso de Direito da UFRN

Professor da Faculdade de Natal

Mestre em direito Agrário pela Universidade Federal do Goiás

Procurador do Estado do Rio Grande do Norte.

Regras de Publicação para a Próxima Edição

Todas as normas que regem a publicação de artigos na trigésima sétima edição da Revista Jurídica *In Verbis* encontram-se disponíveis para download no site oficial do periódico – www.inverbis.com.br -, na seção “Normas”. As referidas normas consistem em Edital e Guia de Normas, este anexo àquele. Na supradita seção, há também um artigo modelo elaborado, a convite, pelo Professor Igor Alexandre Felipe de Macêdo.

