

**UNIVERSIDADE ESTADUAL VALE DO ACARAÚ – UVA
ESCOLA SUPERIOR DE MAGISTRATURA – ESMEC
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO CONSTITUCIONAL**

Francisco das Chagas Gomes

**CONFLITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NO EXERCÍCIO DAS
FUNÇÕES PÚBLICAS**

Fortaleza

2008
FRANCISCO DAS CHAGAS GOMES

**CONFLITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NO EXERCÍCIO DAS
FUNÇÕES PÚBLICAS**

Monografia apresentada como requisito parcial para
obtenção do título de Pós-graduação em Direito
Constitucional, pela Universidade Estadual Vale do
Acará – UVA e Escola Superior de Magistratura.
Orientador: Prof. Juraci Mourão Lopes Filho, Ms.

Fortaleza

2008

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Pós-graduação em Direito Constitucional, pela Universidade Estadual Vale do Acaraú – UVA e Escola Superior de Magistratura.

Francisco das Chagas Gomes

Monografia aprovada em: ____ / ____ / ____

Banca Examinadora

Prof. Juraci Mourão Lopes Filho, Ms.

1º Examinador

2º Examinador

A Deus pela força e disposição com que me tem agraciado para lutar por tudo aquilo em que acredito.

À minha esposa Éricka pela paciência com que enfrentou os meus momentos de reflexão e preocupação com este trabalho.

E finalmente, ao Professor Juraci Mourão, meu orientador, que muito me incentivou para a pesquisa e acreditou na minha força de trabalho.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	05
2 NEOCONSTITUCIONALISMO.....	07
2.1 A Nova Interpretação Constitucional.....	13
2.2 A Constitucionalização do Direito Administrativo.....	19
3 PONDERAÇÃO.....	22
4 ESTUDO DE CASO.....	27
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	42
REFERÊNCIAS.....	44

1 INTRODUÇÃO

Uma das grandes preocupações do operador do direito atualmente consiste em buscar a solução ideal para determinadas questões onde os interesses em conflito se apresentam sob o manto protetor de normas de direito fundamental. A importância dessa busca se revela gigantesca a medida que se constata a ineficácia dos métodos tradicionais de interpretação da norma jurídica e dos critérios convencionais de solução para o conflito de normas, que são a hierarquia, a cronologia e a especialidade.

O pós-positivismo, denominador comum entre o jusnaturalismo e o positivismo, consolidou o novo direito constitucional ou neoconstitucionalismo, que introduziu no sistema uma nova forma de interpretação das normas constitucionais, rompendo com o modelo tradicional onde a atividade do operador do direito se restringia ao enquadramento do caso concreto no enunciado abstrato da norma jurídica, a fim de encontrar a solução do problema. Essa nova interpretação constitucional tem se caracterizado por fazer com que esse mesmo operador se torne co-autor na criação do Direito, pois ele passou também a valorar a norma em face das circunstâncias relevantes e presentes nos fatos reais, e podendo, com certa discricionariedade, decidir por uma solução que entenda realizar melhor a vontade constitucional.

Nesse contexto, fui impulsionado à reflexão, diante de um caso concreto que me apareceu no exercício da magistratura, e então me vi com o dever de decidir uma questão que ao mesmo tempo se apresentava como simples pretensão acobertada pelo Direito Administrativo, mas também em forma de conflito de Direitos Fundamentais. A partir desta experiência, tive ainda mais a certeza de que nem sempre se resolve os problemas através da interpretação convencional. Decididamente, não se deve nunca deixar de buscar a consonância da norma jurídica infraconstitucional com os preceitos fundamentais. Nesse sentido, a constitucionalização do direito e, mais especificamente, do Direito Administrativo, tendo em vista o tema deste trabalho, foi decisiva para que me decidisse em levar a questão até a ponderação dos direitos fundamentais reclamados pelas partes em litígio. A segurança que senti para assim decidir veio da constatação de que a base do Direito Administrativo está toda ela assentada na própria Constituição, conforme se vê no capítulo destinado à

Administração Pública, a partir do art. 37 da CF de 1988. Assim pensei, se o próprio Direito Administrativo tem sua nascente na Constituição, não há razão para que as questões que lhe digam respeito fiquem afastadas dos preceitos fundamentais. Incluindo aí as questões acerca dos direitos fundamentais dos agentes públicos no exercício da função.

Contudo, ainda nos é difícil aventurar nos caminhos que nos levam ao novo Direito Constitucional, pois embora pressentindo o quanto fundamental era o direito pretendido por ambas as partes, a solução do problema ainda me parecia possível ser encontrada através da interpretação convencional, utilizando a fórmula tradicional da subsunção em face da norma de Direito Administrativo. Até porque ainda não nos sentimos seguros para trabalhar com o subjetivismo da valoração das normas fundamentais no processo de ponderação. As dúvidas me vinham a medida que tentava resistir à solução que tivesse de passar pela ponderação dos direitos fundamentais dos agentes públicos, como por exemplo, será mesmo possível resolver todos os casos com a aplicação isolada de um ramo do direito, no caso, o Direito Administrativo? Em tendo sido cometido algum ilícito por um dos servidores, poderia ele ser também ofendido em algum direito fundamental? E qual o limite deve ser observado?

Todavia, as dúvidas se dissipam quando se tem a consciência de que o Direito Constitucional é verdadeiramente a fonte de todas as soluções e não há porque temer levar qualquer questão a esse palco, buscando através da nova interpretação constitucional a solução adequada para todo conflito de direitos fundamentais, esteja ele nas relações jurídicas entre particulares ou envolvido com a Administração Pública.

2 NEOCONSTITUCIONALISMO

Para o mestre Luís Roberto Barroso, uma nova idéia de Constituição e de sua importância para a interpretação jurídica pode ter nascido a partir das últimas décadas do século XX. Para demonstrar toda essa transformação, o professor Luís Roberto Barroso procurou dividir esse desenvolvimento constitucional em três marcos, através dos quais procura-se apontar as idéias e as mudanças de paradigma que estão influenciando a doutrina e a jurisprudência contemporâneas.

O primeiro marco do novo direito constitucional é o marco histórico, que na Europa continental surgiu com o constitucionalismo pós-guerra, especialmente na Alemanha e na Itália, enquanto que no Brasil ele começou a desabrochar com a Constituição de 1988 e com o processo de redemocratização que ela iniciou. Esse novo direito constitucional que surgiu após a segunda grande guerra influenciou a democratização dos Estados e deu início a criação do Estado de direito.

A primeira referência do novo direito constitucional foi a Constituição Alemã, de 1949, e a criação do Tribunal Constitucional Federal, no ano de 1951, e a segunda foi a Constituição da Itália, de 1947, e a criação da Corte Constitucional, em 1956. A redemocratização e a reconstitucionalização de Portugal, em 1976, e também da Espanha, em 1978, também foram referências importantes ao longo da década de 70.

No caso brasileiro, foi a Constituição de 1988 a maior referência do novo direito constitucional, pois foi através da Constituição de 1988 que se promoveu e se consolidou todo o processo de redemocratização do País, tirando a nação de um regime autoritário e a levando para um Estado democrático de direito. Já foi também na vigência da Constituição de 1988 que a nação brasileira atravessou várias situações difíceis, que poderiam desestabilizar as instituições se não fosse o parâmetro de democracia que a Constituição passou a significar para o povo brasileiro, como por exemplo, a destituição de um Presidente da República e diversos escândalos envolvendo pessoas importantes da República.

O segundo marco do novo direito constitucional é o marco filosófico, representado pelo pós-positivismo. A principal característica do pós-positivismo é talvez a destruição que

promove dos modelos puros do jusnaturalismo e do positivismo, enquanto se propaga como um modelo híbrido.

O jusnaturalismo moderno que tinha suas bases em princípios de justiça universalmente válidos e foi utilizado pelas revoluções liberais, terminou por ceder espaço ao positivismo jurídico, ao final do século XIX, que sempre equiparou o direito à lei e afastava-se de discussões filosóficas, dominando o pensamento jurídico até a primeira metade do século XX.

A decadência do positivismo iniciou-se já no fim da segunda grande guerra, com a derrota do fascismo, na Itália, e do nazismo, na Alemanha, enquanto a ética e os valores morais começavam a retornar ao direito.

Após a superação do jusnaturalismo e a decadência do positivismo jurídico surgiu o pós-positivismo, ainda em construção, e que procura se pautar pelo respeito à legalidade sem desprezar os valores morais e da justiça. Foi no pós-positivismo que se abrigaram as idéias da atribuição de normatividade aos princípios; a formação de uma nova hermenêutica constitucional e o desenvolvimento da teoria dos direitos fundamentais, atualmente tão relevantes para o direito.

E finalmente, o terceiro marco que é o marco teórico, caracterizado pelo surgimento de três grandes transformações relativas à aplicação do direito constitucional, que são: a) o reconhecimento da força normativa da Constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional e; c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.

A força normativa da Constituição surgiu com a idéia de atribuir às normas constitucionais a mesma força inerente à norma jurídica comum, deixando de lado a idéia de que a Constituição não passava de um documento essencialmente político, conforme assim se pensava até a primeira metade do século XX, quando ainda vigorava o positivismo jurídico. Com essa mudança, o Judiciário passou a ter papel importante na realização do conteúdo da Constituição.

Com o reconhecimento da força normativa da Constituição, passou-se a considerar a imperatividade das normas constitucionais, atributo de todas as normas jurídicas, com a observância de que é possível deflagrar todos os mecanismos próprios de coação, de cumprimento forçado, em caso de sua desobediência. No entanto, o professor Luís Roberto Barroso faz o registro de que mesmo com todo esse desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial sobre a força normativa da Constituição, ainda não se eliminou a resistência que insiste em contrapor a essa força a existência de circunstâncias da realidade fática.

No Brasil, o debate sobre a força normativa da Constituição só chegou ao longo da década de 80, antes mesmo da promulgação da Constituição de 1988, e ainda durante o regime autoritário, e por isso enfrentou sérias resistências, que só se dissiparam com a promulgação da Carta Constitucional de 1988.

A expansão da jurisdição constitucional se iniciou a partir do final da década de 40, pois até 1945 vigorava na Europa um modelo de supremacia do Poder Legislativo, que seguia a doutrina inglesa de soberania do Parlamento. Foi assim que, inspirada na experiência americana, que fazia valer a supremacia da Constituição e através da qual se protegiam os direitos fundamentais, que ficavam imunes ao processo político, e cuja proteção cabia ao Poder Judiciário, a Europa passou a adotar um modelo próprio com a criação dos tribunais constitucionais em diversos países daquele continente.

Essa expansão da jurisdição constitucional na Europa iniciou-se, como já vimos, na Alemanha, com a criação do Tribunal Constitucional Federal, em 1951, e na Itália, com a criação da Corte Constitucional, em 1956. A partir de então, o modelo de tribunais constitucionais se expandiu por toda a Europa Continental e prosseguiu com Chipre, em 1960, e Turquia, em 1961. Na década de 70, foram instituídos tribunais constitucionais na Grécia, em 1975, e na Espanha, em 1978. Na década de 80, foram instituídos tribunais constitucionais em Portugal, em 1982, e na Bélgica, em 1984. E já nos últimos anos do século XX, foram instituídos tribunais constitucionais nos países do leste europeu como a Polônia, em 1986, Hungria, em 1990, Rússia, em 1991, República Tcheca, em 1992, Romênia, em 1992, República Eslovaca, em 1992, e Eslovênia, em 1993. Os países africanos também passaram a adotar o novo modelo de suprema constitucional, com a criação de tribunais constitucionais, como foi na Argélia, em 1989, África do Sul, em 1996, e Moçambique, em 2003. De forma

que, na Europa, somente o Reino Unido, a Holanda e Luxemburgo continuam com o mesmo modelo de supremacia parlamentar.

No Brasil, o controle de constitucionalidade já existia, no modelo difuso ou incidental, desde a primeira Constituição republicana, de 1891. Já o controle concentrado ou direto, cujo instrumento é a ação direta de inconstitucionalidade, veio através da Emenda Constitucional nº 16, de 1965. Contudo, a expansão da jurisdição constitucional no Brasil se deu mesmo a partir da Constituição de 1988 e a causa determinante foi a ampliação do direito de propositura das ações de controle constitucional. Somando-se a ela, veio a criação de novos mecanismos de controle concentrado como a ação declaratória de constitucionalidade e a regulamentação da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

No sistema brasileiro, a Corte Constitucional é o Supremo Tribunal Federal, que exerce o controle da constitucionalidade tanto pelo controle concentrado, através das ações de competência originária e em processos objetivos, nos quais se veiculam as ações diretas, como pelo controle difuso, através do recurso extraordinário, que pode até se originar a partir de processos iniciados no primeiro grau de jurisdição. É importante ressaltar que desde a promulgação da Constituição de 1988 até 2005 já haviam sido ajuizadas 3.469 ações diretas de inconstitucionalidade (ADin), 9 ações declaratórias de constitucionalidade e 69 arguições de decumprimento de preceito fundamental. Em face disso, procurando evitar o excessivo número de recursos extraordinários interpostos para o Supremo Tribunal Federal, a Emenda Constitucional nº 45, que promoveu diversas modificações na disciplina do Poder Judiciário, criou a figura da repercussão geral sobre a questão constitucional discutida em processos de instância inferior, como requisito de admissibilidade do recurso.

Na interpretação das normas constitucionais, do mesmo modo como se faz na interpretação de qualquer outra norma do ordenamento jurídico, aplicam-se os mesmos elementos de interpretação como o gramatical, histórico, sistemático e teleológico. Porém, especialmente para a interpretação constitucional, a doutrina e a jurisprudência brasileiras passaram a adotar alguns princípios, de natureza instrumental, como o princípio da supremacia da Constituição, o princípio da presunção de constitucionalidade das normas e atos do Poder Público, o princípio da interpretação conforme a Constituição, o princípio da unidade, o princípio da razoabilidade e o princípio da efetividade. É importante salientar, no entanto, que a nova interpretação constitucional não veio substituir, por um todo, a

interpretação jurídica tradicional, que continua a ser utilizada pelos operadores do direito na solução da maior parte das questões jurídicas, mas veio exclusivamente para suprir a necessidade de solucionar um conjunto de problemas decorrentes da efetivação dos preceitos constitucionais, que dificilmente seriam resolvidos com a utilização pura e simples dos elementos aplicados na interpretação tradicional.

Como bem didaticamente assevera o professor Luís Roberto Barroso, a interpretação jurídica tradicional se desenvolve com base em duas grandes premissas: a primeira, se refere ao papel da norma, pois cabe a ela oferecer, no seu relato abstrato, a solução para os problemas jurídicos que ocorrem no mundo dos fatos; a segunda, se refere ao papel do juiz, cabendo a ele descobrir, dentro do ordenamento jurídico, qual a norma que deve ser aplicada ao problema a ser resolvido, revelando a solução contida nessa norma. O que se observa na interpretação tradicional, é que as normas são tidas como regras, que descrevem condutas a serem seguidas, e que aplicadas mediante subsunção, com a técnica de conhecimento do intérprete e de formulação de juízos de fato, conseguem oferecer respostas a todos os problemas jurídicos.

Contudo, ao se avançar no direito constitucional, foi se descobrindo que as premissas sobre as quais se ergueu a interpretação tradicional não mais atendiam satisfatoriamente a determinados questionamentos, pois se percebeu que as soluções nem sempre são reveladas dentro dos relatos abstratos das normas jurídicas, mas que só seria possível encontrar a solução constitucionalmente adequada observando os fatos relevantes do problema, enquanto que o papel do juiz não mais se resumia a descobrir qual a norma adequada para solucionar o problema jurídico, pela simples utilização de sua técnica de conhecimento para descobrir dentro do relato abstrato da norma a solução que ela trazia, mas que de agora em diante passará o juiz a ser também criador do Direito, valorando as normas e fazendo escolhas entre várias soluções possíveis.

Essas transformações ocorridas no que tange ao papel da norma jurídica e quanto ao papel do juiz são bem percebidas quando se trabalha com a nova interpretação constitucional em face das cláusulas gerais, dos princípios e das colisões de normas constitucionais e, bem como, quando esse intérprete necessita de se utilizar da ponderação e da argumentação.

Em relação às cláusulas gerais ou conceitos jurídicos indeterminados, que são expressões jurídicas em relação às quais a norma em abstrato fornece apenas um início de significação, como é o caso de ordem pública, interesse social e boa fé, ficará a cargo do intérprete encontrar um significado mais específico para essas expressões jurídicas, a partir de sua análise sobre as circunstâncias do caso concreto e da valoração que fizer dos fatores relevantes encontrados na realidade fática em exame.

Também em relação aos princípios, que a partir do pós-positivismo lhes foi outorgada a força normativa, e os quais são fontes de consagração de determinados valores e caminho para a consecução de fins públicos a serem realizados por diferentes meios, a definição concreta de seu sentido e alcance têm na discricionariedade do intérprete um importante instrumento, observando-se as circunstâncias da realidade fática e valorando-se os fatores relevantes do caso concreto, como é o caso do princípio da dignidade humana e do princípio da razoabilidade, entre outros.

Já as colisões de normas constitucionais, tanto as de princípio quanto as de direitos fundamentais, é fato natural no constitucionalismo moderno que inevitavelmente sempre consagra bens jurídicos antagônicos, como por exemplo, a promoção do desenvolvimento e a proteção ambiental; a livre iniciativa e a proteção do consumidor; o direito de privacidade e a liberdade de expressão; a liberdade de reunião de alguns e o direito de ir e vir de outros, entre outros. Por defenderem bens que se contrapõem e serem normas constitucionais, elaboradas pelo constituinte originário, cai por terra a possibilidade de o intérprete encontrar a solução do problema jurídico através da subsunção, vez que é impossível enquadrar o mesmo fato em normas antagônicas, assim como também não se poderá resolver o conflito de normas pelos critérios tradicionais como o da hierarquia, o cronológico e o da especialização. Nesse caso, não restará outra saída, de acordo com a nova interpretação constitucional, se não for a utilização pelo intérprete da técnica da ponderação, que segundo o professor Luís Roberto Barroso, é a técnica utilizada pelo intérprete, através da qual ele, primeiramente, procurará preservar o máximo possível de cada um dos interesses envolvidos na disputa e, em seguida, escolherá aquele que, no caso concreto, oferecer a melhor realização da vontade constitucional. Para tanto, é fundamental que o operador do direito tenha o princípio da razoabilidade como um importante instrumento, no momento da realização dessas duas premissas que integram a técnica da ponderação.

Por fim, sendo a ponderação uma técnica de decisão jurídica na qual o intérprete extrapola a lógica da separação de Poderes, vez que ele não mais se limita a procurar a solução abstrata contida na norma elaborada pelo legislador, enquadrando-a no caso concreto, pois mais do que isso, passa ele a ser também criador do Direito, é que será de fundamental importância a sua argumentação para assegurar a legitimidade e a racionalidade de sua interpretação. Para tanto, durante a sua fundamentação deve o intérprete se orientar na direção de três premissas, as quais são: a) deve reconduzir sua interpretação sempre ao sistema jurídico, a uma norma constitucional ou legal que lhe sirva de fundamento; b) utilizar-se de um fundamento jurídico que possa ser generalizado aos casos semelhantes, evitando casuísmos; e c) levar em conta os resultados práticos que sua decisão causará no mundo dos fatos.

2.1 A nova interpretação constitucional.

Não tenho aqui a pretensão de discorrer tão fortemente sobre um tema de tamanha abrangência e complexidade. Até mesmo os grandes conhecedores do assunto sempre nos dão a entender que esse é um ponto que parece nunca se esgotar, tendo em vista as transformações sociais e em função da dinâmica necessária à interpretação dos fundamentos e princípios da Constituição, na medida em que a sociedade se transforma e se desenvolve.

Nesse ponto pretendo, especificamente, tentar expor a idéia básica de alguns doutrinadores acerca do assunto, como é o caso de Willis Santiago Guerra Filho, Luís Roberto Barroso e Paulo Bonavides.

Para Willis Santiago Guerra Filho, praticar a interpretação constitucional atualmente é bem diferente de interpretar a Constituição de acordo com um pensamento jurídico até então desenvolvido sob o domínio do direito privado. Para ele, a hermenêutica jurídica clássica, com a sua metodologia tradicional, continuará a ser instrumento da interpretação constitucional e somente deixará de ser utilizada quando não puder colher com exatidão toda a eficácia dos preceitos fundamentais. Deixa claro o entendimento de que a interpretação constitucional que deve prevalecer, seja ela sob a ótica da hermenêutica tradicional ou mais moderna, deve ser pensada sob o enfoque da melhor realização dos direitos fundamentais que estão em jogo, desprezando até, se for o caso, qualquer preceito infraconstitucional que com

ela se confrontar, pois as normas fundamentais se constituem no que de mais especial compõe atualmente o sistema jurídico.

Explica Willis Santiago Guerra Filho que a própria distinção entre princípios e regras faz valer a necessidade de uma nova e diferenciada interpretação constitucional daquela que se podia extrair através da metodologia tradicional. Principalmente porque os princípios se diferenciam das regras pelo maior grau de abstração que apresentam, necessitando, inclusive, de um complemento a ser fornecido por outros princípios, ou até mesmo por regras, para a sua aplicabilidade. Enquanto que as regras, por serem mais específicas e determinantes são imediatamente aplicadas aos fatos que a elas se adéquam. E sintetiza afirmando que essa distinção é a principal fonte dessa nova interpretação constitucional mais elástica e que procura dar especial enfoque aos preceitos fundamentais, até mesmo em confronto com normas infraconstitucionais que não atendam aos seus anseios por uma sociedade mais justa e mais solidária.

Assevera Willis Santiago Guerra filho (2007, p.71):

É essa natureza diferenciada de princípios e regras que suscita a necessidade de se desenvolver uma hermenêutica constitucional igualmente diferenciada, diante da hermenêutica tradicional. Especialmente a distinção por último referida, segundo a qual os princípios encontram-se em estado latente de colisão uns com os outros, requer o emprego dos princípios da interpretação constitucional, que passamos a expor, na formulação já clássica de Konrad Hesse, secundado, em língua portuguesa, por Gomes Canotilho.

Nesse sentido, elenca o jurista os princípios instrumentais da interpretação constitucional, conforme adiante se vê:

1. O princípio da unidade da Constituição - observa a interdependência entre as normas e o modo como formam um sistema integrado.
2. O princípio do efeito integrador - determina que na solução dos problemas jurídicos, a interpretação dominante será a que favoreça a integração social.
3. O princípio da máxima efetividade ou princípio da eficiência ou da interpretação efetiva - determina que se atribua a norma constitucional, na sua interpretação, o sentido que lhe dê maior eficácia.
4. O princípio da força normativa da Constituição – determina uma constante evolução na compreensão do texto normativo em face de circunstâncias que demonstrem a ocorrência de evolução social.

5. O princípio da conformidade funcional – determina que o intérprete constitucional seja obediente aos valores da repartição de funções entre os poderes estatais.

6. O princípio conforme a Constituição – determina que não se faça interpretações contrárias a alguma norma constitucional, ainda que favoreça o cumprimento de outra e, bem como, estabelece limite à interpretação das normas infraconstitucionais a fim de não se confrontarem com a interpretação constitucional.

7. O princípio da concordância prática ou da harmonização – determina que na busca da solução dos problemas se deve confrontar os bens e valores jurídicos envolvidos, de modo que se estabeleça a prevalência de um, sem, contudo, sacrificar totalmente o outro.

E por fim, lembra Willis Santiago Guerra Filho que para resolver o problema do conflito entre princípios, pois embora se tenha de escolher entre um deles, essa escolha não pode desmerecer aquele que não foi escolhido. Para ajudar nesse processo surgiu a figura do princípio dos princípios, que é o princípio da proporcionalidade, responsável pela ponderação a ser realizada para a escolha do princípio a ser priorizado.

O princípio da proporcionalidade se subdivide em três aspectos, a saber: A proporcionalidade em sentido estrito, adequação e exigibilidade. Em relação ao desdobramento dessas subdivisões, assim se manifestou Willis Santiago Guerra Filho (2007, p.76):

(...) o meio a ser escolhido deverá, em primeiro lugar, ser adequado para atingir o resultado almejado, revelando conformidade e utilidade ao fim desejado. Em seguida, comprova-se a exigibilidade do meio quando esse se mostra como ‘o mais suave’ dentre os diversos disponíveis, ou seja, menos agressivo dos bens e valores constitucionalmente protegidos, que por ventura colidem com aquele consagrado na norma interpretada. Finalmente, haverá respeito à proporcionalidade em sentido estrito quando o meio a ser empregado se mostra como o mais vantajoso, no sentido da promoção de certos valores com o mínimo de desrespeito de outros, que a eles se contraponham, observando-se, ainda, que não haja violação do ‘mínimo’ em que todos devem ser respeitados.

Observando também o que diz Luís Roberto Barroso, o novo aspecto da interpretação constitucional não tem o condão de afastar do cenário jurídico o modelo da interpretação constitucional tradicional (e esse é um fator comum entre Luís Roberto Barroso e Willis Santiago Guerra Filho), mas de apenas complementá-lo naquilo que o convencional não consegue alcançar. Chega a advertir que a interpretação convencional conservará a sua importância porque a própria Constituição está cheia de normas sem valor teórico, que

exigem apenas uma inteligência singela, de mera subsunção do fato à norma. E continua: “Portanto, ao se falar em nova interpretação constitucional, normatividade dos princípios, ponderação de valores, teoria da argumentação, não se está renegando o conhecimento convencional, a importância das regras ou a valia das soluções subsuntivas” (BARROSO, 2006, p. 332).

Assevera que o grande pulo da interpretação constitucional aconteceu com a divulgação do pensamento, nada original, de que:

(...) não é verdadeira a crença de que as normas jurídicas em geral – e as normas constitucionais em particular – tragam sempre em si um sentido único, objetivo, válido para todas as situações sobre as quais incidem. E que, caberia ao intérprete uma atividade de mera revelação do conteúdo preexistente na norma, sem desempenhar qualquer papel criativo na sua concretização (BARROSO, 2006, p. 331/332).

Aqui, ele reforça a ideia de que o intérprete constitucional deixa de ser um simples aplicador da norma ao fato e passa a ser também um criador do Direito, trabalhando na valoração da norma jurídica.

Em relação à norma jurídica, afirma que as cláusulas constitucionais possuem um sentido aberto, extremamente dependentes da realidade, e por isso não se concebe mais que elas se apresentem como vetor de um único sentido. É como se essas cláusulas constitucionais se apresentassem com certo conteúdo e deste fosse possível extrair vários outros conteúdos derivados, de diferentes sentidos, a depender das circunstâncias do caso concreto.

Assevera, por fim, que não só a norma, como também os fatos e o intérprete têm fundamental importância no processo de interpretação constitucional. Os fatos porque são os elementos reais do caso concreto e também porque influenciam no processo de valoração da norma pelo intérprete. Por sua vez, o intérprete será responsável pela inteligência do processo e por definir se o resultado alcançado realiza a vontade constitucional.

Luís Roberto Barroso parece passear através da nova interpretação constitucional, lembrando que, historicamente, ela nasceu com o pós-positivismo, ideário que resultou da superação histórica do jusnaturalismo e do fracasso político do positivismo que ocorreu logo após a segunda guerra. Em seus relatos, preconiza que os resultados do processo de inteligência

da nova interpretação constitucional decorrem, principalmente, da nova dimensão jurídica dos princípios, como normas de conteúdo valorativo que são. Mas em relação às regras, a interpretação constitucional permaneceu com o mesmo modelo de subsunção.

No que tange a ponderação, assim a define:

A ponderação consiste, portanto, em uma técnica de decisão jurídica aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente, especialmente quando uma situação concreta dá ensejo à aplicação de normas de mesma hierarquia que indicam soluções diferenciadas (BARROSO, 2006, p. 345/346).

Extrai-se também da lição de Luís Roberto Barroso a assertiva de que a ponderação foi a consequência da falta de elementos disponíveis à subsunção para encontrar soluções de questões que, no caso concreto, apresentavam o confronto entre normas fundamentais. E devido ao princípio da unidade da Constituição, é que não se pode desprezar por inteiro uma norma fundamental pelo simples fato de não ser escolhida, em um conflito com outra, para definir a solução de um caso concreto. Desta feita, a interpretação constitucional se viu obrigada a construir um novo instrumento (a ponderação) para solucionar os problemas onde estão em conflito normas fundamentais, de mesma hierarquia, sem que haja o afastamento total de qualquer delas durante o processo de decisão.

Não menos importante também para o estudo da nova interpretação constitucional é a lembrança que faz Luís Roberto Barroso de que no uso da ponderação não se pode dispensar uma argumentação jurídica com exposição analítica e bem expressa, além de um desenvolvimento lógico do raciocínio, tendo em vista que se está lidando com normas jurídicas fundamentais, que por essência não guardam qualquer especificidade ou pontuação.

Paulo Bonavides não discorda que a moderna interpretação constitucional, como assim denomina, nasceu com o fracasso político do positivismo, para ele denominado de positivismo lógico-formal.

Assevera que o constitucionalismo ingressou numa nova fase a partir da decadência do Estado liberal, quando neste secaram as fontes de realizações sociais, políticas e econômicas, e cuja negligência ocorreu devido ao modelo rigoroso de separação entre o Estado e a sociedade, que imperava na moldura do Estado liberal.

Contudo, ao discorrer sobre esse novo modelo de hermenêutica constitucional, faz um alerta sobre a possibilidade da manipulação dos fins e do sentido das normas constitucionais, tendo em vista o subjetivismo inerente ao processo de interpretação, prejudicial à segurança jurídica, visando à consecução de soluções que beneficiem tão-somente os interesses anti-sociais, conforme prescreve textualmente:

Descortina-se assim um campo de imprevisível extensão para o florescimento de distintas posições interpretativas no domínio da hermenêutica constitucional. Perde porém essa hermenêutica a firmeza do modelo clássico, que se assentava numa lógica confiante, sólida, imbatível. Sua plasticidade é fraqueza. A manipulação dos fins e do sentido faz de veras fácil o tráfego a soluções de conveniência, a conclusões preconcebidas, a subjetivismos, em que o aspecto jurídico sacrificado cede complacente a solicitações do aspecto político, avassalador da norma e produtor exuberante de perplexidades e incertezas inibidoras” (BONAVIDES, 2008, p. 477).

Para Paulo Bonavides a nova interpretação constitucional apresenta aspectos de dois métodos de interpretação:

O primeiro é o “método integrativo ou científico-espiritual de interpretação da Constituição”, desenvolvido no século XX, na Alemanha, e tendo à frente Rudolf Smend, denominado de o “criador da concepção integrativa da Constituição”.

O marco que separa esse método integrativo do método clássico dos positivistas consiste no fato de que o processo de interpretação do primeiro se baseia no aspecto crítico do conteúdo material da Constituição, enquanto que o segundo fica atrelado ao conteúdo formal da Constituição, interpretando isoladamente o enunciado abstrato de cada norma.

O segundo método é o que ele denomina de “método interpretativo de concretização”, através do qual a nova interpretação constitucional procura efetivar os fins socialmente almejados, contornando o rigor das limitações jurídicas com a utilização de um raciocínio lógico e tecnicamente possível.

Neste segundo método, a concretização dos fins sociais acontece por uma imposição (ou determinação) que o intérprete faz ao interpretar o conteúdo da norma.

Contudo, apesar de Paulo Bonavides reconhecer que os novos métodos interpretativos se desenvolveram a partir da inércia da hermenêutica tradicional no trato das transformações sociais do século XX, ele também faz um alerta para o que chama de “empobrecimento da consistência jurídica”, a partir de um interesse exacerbado com a questão social, em detrimento do interesse jurídico. Além disso, chama atenção para o fato de que os métodos de interpretação subjetivistas são especialmente desejados pelos governantes autoritários, que escondem suas verdadeiras intenções por trás de uma interpretação preconcebida da vontade constitucional.

Por fim, ele ameniza sua crítica aos novos métodos interpretativos, ressaltando o que ele entende ser a saída contra a inércia da hermenêutica tradicional em face das transformações e mazelas da sociedade moderna. Mas professa que sejam métodos típicos de tempos de crise do constitucionalismo, tendo em vista a descrença nos preceitos constitucionais ante as dificuldades sociais, e que se torna ainda maior nos países em desenvolvimento. Mas que, passadas as tempestades sociais, tenderão a se reconciliar com a legalidade.

2.2 Constitucionalização do direito administrativo

Segundo o professor Luís Roberto Barroso, a idéia de constitucionalização do Direito está associada à irradiação dos valores contidos nas normas constitucionais por todas as normas jurídicas do sistema infraconstitucional, oferecendo uma espécie de aval para firmar a validade dessas regras infraconstitucionais. Os efeitos da constitucionalização repercutem tanto nas relações entre Poderes quanto entre estes e os particulares e também entre os próprios particulares.

No que tange à atuação do Legislativo, esses efeitos tendem a limitar a sua liberdade na elaboração das leis e de sua atuação para a realização de programas constitucionais, pois é natural que até os regimentos internos das casas legislativas procurem se amoldar aos valores constitucionais.

Quanto à Administração Pública, os efeitos da constitucionalização do Direito se percebe na limitação da liberdade do Administrador Público, imposição de atuação, além de fornecer fundamento para a aplicação direta e imediata da vontade constitucional.

No tocante ao Poder Judiciário, os efeitos da constitucionalização se observa no controle da constitucionalidade, incidental e por ação direta, fornecendo parâmetros para a realização do controle, além de condicionar a interpretação de todas as normas jurídicas.

E finalmente quanto aos particulares, os efeitos da constitucionalização impõe certas limitações em algumas atuações como em relação à liberdade de contratar e o uso da propriedade privada, que devem se adequar à vontade da Constituição.

Mais especificamente sobre o direito administrativo, observa-se que as Constituições modernas em muito participaram do regramento de seus postulados, pois com elas trouxeram em seu conteúdo muitos dispositivos que passaram a regular as atividades inerentes à Administração Pública. Nesse sentido, a Constituição brasileira de 1988 chega a ser detalhista sobre determinadas áreas do Direito Administrativo, como é o caso das normas sobre os servidores públicos, muito embora essa aproximação possa também trazer vantagens, como por exemplo, o sentimento de separação entre a função pública e o governo ou a consagração de princípios inerentes ao Direito Administrativo como é o caso da legalidade, moralidade, impessoalidade e publicidade, acrescentando ainda o princípio da eficiência, através da emenda constitucional nº 19, de 04.06.98.

Para o professor Luís Roberto Barroso é importante ressaltar que foi muito alterado o perfil constitucional do Estado brasileiro nos domínios administrativos com as mudanças na legislação sobre o assunto e que se definiram em três categorias, a saber: a) a extinção de determinadas restrições ao capital estrangeiro; b) a flexibilização de monopólios estatais e; c) a desestatização. Dessa forma, com a diminuição da influência do Estado nos domínios econômicos, a conhecida ideologia do Estado mínimo, as preocupações do Estado se voltaram para a regulação e fiscalização dos serviços delegados, surgindo daí as agências reguladoras. Diga-se de passagem, já bastante criticado pelo governo do Presidente Luís Inácio da Silva, em virtude da independência de seus dirigentes em relação às vontades do governo.

Também em virtude da constitucionalização do Direito Administrativo, os princípios constitucionais, e não apenas os específicos mas também os gerais, passaram a influenciar para mudar determinados parâmetros e também atitudes da Administração Pública, a partir da prioridade que se deve dá à dignidade da pessoa humana e aos direitos fundamentais. Dessa

forma, foram substancialmente redefinidos, por exemplo, a idéia de supremacia do interesse público sobre o interesse particular; a vinculação do Administrador à Constituição e não apenas à lei ordinária e; a possibilidade de controle judicial do ato administrativo.

No que tange à redefinição da idéia de supremacia do interesse público sobre o interesse particular é preciso antes de tudo diferenciar o interesse público primário, do secundário. No interesse público primário estão presentes os verdadeiros interesses da sociedade, através de valores como a justiça, segurança e bem-estar social, enquanto que no interesse público secundário estão presentes os interesses das pessoas jurídicas de direito público ou da fazenda pública, em relação aos quais não deve mais a supremacia agir incondicionalmente quando em confronto com o interesse particular. Assim, em caso de confronto do interesse público secundário, diga-se da Fazenda Pública, com o interesse particular, deve o intérprete fazer a ponderação desses interesses, à vista dos fatores relevantes e fáticos do caso concreto.

Quanto à vinculação do Administrador à Constituição e não apenas à lei ordinária, deve-se entender que o Administrador Público não tem mais porque se subordinar somente à lei ordinária que regula as suas atividades, mas também aos preceitos constitucionais. Assim, pode o Administrador atuar com fundamento direto na Constituição, independente de qualquer manifestação do legislador ordinário. Nesse caso, explica o professor Luís Roberto Barroso, que o princípio da legalidade transmuda-se em princípio da constitucionalidade.

No que tange à possibilidade de controle judicial do ato administrativo, ficou superado o conhecimento convencional de que o controle judicial se restringe aos aspectos da legalidade do ato administrativo (competência, forma e finalidade) e não do seu mérito (motivo e objeto), utilizando-se da conveniência e da oportunidade. Afirma, assim, o professor Luís Roberto Barroso, que não mais apenas o princípio da legalidade, mas também os princípios da moralidade, eficiência e, sobretudo, a razoabilidade-proporcionalidade permitem o controle da discricionariedade do Administrador, quando assim agiu na realização do ato administrativo.

3 PONDERAÇÃO

A crescente complexidade que envolve as relações humanas, sociais ou de qualquer outra área que interesse a vida do homem, foi essencial para se entender que o atual modo de decisão jurídica, através da qual se isola e escolhe uma única norma que servirá para incidir sobre o fato, desprezando por completo os demais valores que se apresentam no contexto do conflito, tornou-se, em certos casos, demasiadamente pobre em sua argumentação para explicar porque os demais valores não deveriam ser escolhidos para a solução do conflito em análise.

A partir dessa compreensão, Ana Paula de Barcelos observa que a escolha de uma solução sobre certos conflitos contemporâneos de alta complexidade, no qual estão envolvidos diversos valores de mesma importância para a vida do homem, pode acontecer sem que se anule por completo aqueles valores que naquele conflito não terão primazia. Para tanto, é necessário dar ao intérprete jurídico um espaço mais amplo do que atualmente dispõe, diverso do ocupado atualmente, tanto quantitativo quanto qualitativamente, no intuito de buscar uma solução que promova a valorização de uma norma, ou de um grupo de normas, sem, no entanto, anular as demais. Desta sorte, não bastaria mais simplesmente a utilização do raciocínio tradicional, que procura isolar uma única norma para o caso concreto em análise.

Esse entendimento decorre do fato de que os ordenamentos jurídicos atuais guardam sérios compromissos com os mais diversos interesses da sociedade contemporânea e, por isso, ao se conflitarem normas de nível constitucional, por exemplo, todas elas válidas e dentro de um sistema interligado e único, não se pode mais simplesmente invalidar uma norma em prol de outra, tendo em vista a solução de um caso concreto.

Desta sorte, foi eleita a ponderação como a técnica que atenderia aos anseios para se decidir sobre a melhor solução para os problemas de maior complexidade, e onde estivessem contrapostos valores normativos de nível constitucional, sem acarretar qualquer prejuízo ao princípio da unidade constitucional.

A ponderação é uma técnica jurídica de decisão para os casos difíceis, nos quais estão sempre envolvidos, e em oposição, valores normativos constitucionais.

Para que se entenda melhor a técnica da ponderação, Ana Paula de Barcelos a dividiu em três fases: Na primeira fase é preciso identificar os interesses relevantes em conflitos e quais as normas que a eles são convergentes; Na segunda fase, procura-se examinar as circunstâncias que envolvem os fatos e suas repercussões sobre os elementos normativos; Na terceira fase, que é a fase da decisão, procura-se examinar conjuntamente os elementos fáticos do caso e as normas que a eles são reconduzidas para, em seguida, atribuir pesos a cada conjunto de acordo com a relevância de cada grupo, para o fim de encontrar a solução que melhor atenda aquele caso específico.

Por tudo isso, Ana Paula de Barcelos considera da maior importância que se encontrem parâmetros gerais e específicos a fim de se ter maior controle sobre a aplicação da técnica da ponderação, pois como se vê, essa técnica de decisão confere ao aplicador do direito amplos poderes para decidir, vez que desde a primeira fase até a última todos os elementos trazidos à análise dependem de avaliações de caráter subjetivo do aplicador.

Em relação aos parâmetros gerais, Ana Paula de Barcelos defende que os mesmos devem decorrer de construções da metodologia jurídica e que não podem está ligados às circunstâncias específicas do fato, a fim de que possam ser aplicados indistintamente a todos os casos. Já os parâmetros específicos são elementos construídos a partir do estudo de casos concretos, escolhidos pelos aplicadores para a solução de novos casos particulares, e que tenham relação com as peculiaridades do fato em análise. Para tanto, Ana Paula de Barcelos chega a dar exemplo da construção de parâmetros específicos a serem utilizados na solução de casos que envolvam elementos normativos constitucionais da maior relevância como é a liberdade de imprensa e de informação versus a intimidade, a honra e a vida privada. Assim, na tentativa de demarcar alguns limites entre esses bens constitucionalmente defendidos, ela elencou os seguintes pontos que servirão de parâmetros específicos para a construção da solução do caso concreto que possa envolver a liberdade de imprensa e de informação versus a intimidade, a honra e a vida privada, a saber: I) quem se encontra em local público está em sua esfera pessoal de intimidade? II) atos considerados criminosos pertencem à esfera de privacidade ou podem/devem ser denunciados à opinião pública? III) a informação verdadeira e obtida de forma lícita pode ser proibida? IV) a proteção à vida privada de titulares de cargos eletivos e artistas é menor que a assegurada a cidadãos comuns?

Mas se a ponderação tem uma estreita relação com o caso concreto, será útil e possível criar parâmetros através da ponderação em abstrato ou para casos em tese?

A resposta é afirmativa, pois sendo a ponderação de grande utilidade para a solução dos conflitos contemporâneos, dada a crescente complexidade da vida moderna, a estrutura do Estado e a estrutura da própria Constituição, e tendo em vista que ela confere amplos poderes ao aplicador do direito na utilização de sua subjetividade para decidir sobre a melhor solução para o caso concreto, não seria sensato imaginar que algum intérprete seria capaz de se utilizar desses poderes de maneira arbitrária e abusiva.

É bem verdade que qualquer parâmetro construído pela ponderação em abstrato pode ser afastado ou ter sua incidência reduzida perante as circunstâncias do caso concreto. Contudo, esses parâmetros construídos abstratamente, consistirão nos únicos instrumentos existentes que servirão para balizar e fiscalizar os aplicadores do direito quando decidirem pela aplicação da ponderação, e desta forma, poderão esses aplicadores, demonstrar à sociedade que a solução encontrada para o caso concreto não veio simplesmente de suas posições subjetivas a respeito de determinada questão.

Falaremos agora sobre os dois parâmetros que Ana Paula de Barcelos desenvolveu para a busca da melhor solução diante de problemas complexos, que não podem ser resolvidos pela utilização dos métodos tradicionais de interpretação.

O primeiro parâmetro é aquele que dá preferência às regras constitucionais e infraconstitucionais sobre os princípios constitucionais:

Esse parâmetro parece ir de encontro à moderna teoria dos princípios, mas não é bem assim. Para explicar a razão desse parâmetro, Ana Paula de Barcelos registrou dois critérios de distinção existente entre as regras e os princípios. O primeiro revela a diferença básica entre essas normas e, o segundo, procura demonstrar a estrutura de parte dos princípios constitucionais.

Para o primeiro critério, o que se defende é que a harmonia do sistema jurídico reside na existência de um equilíbrio eficiente entre segurança e justiça. Sendo que as regras são pressupostos da segurança jurídica, enquanto que os princípios são os pressupostos da justiça.

Contudo, sabendo-se que as regras são derivadas de um senso de justiça e, portanto, também são dela pressupostos, é certo que num conflito entre regra e princípio deve prevalecer a regra.

Para o segundo critério, o que se defende é que os princípios são formados por duas áreas. Uma que se condensa em um núcleo e que representa, na prática, uma regra constitucional, e outra que se expande para além de seu núcleo e que se configura num largo campo de atuação possível, onde todas as opções políticas podem ser possíveis. Assim é que quando o conflito se instala entre o núcleo de um princípio e a área não nuclear de outro, deve prevalecer a área nuclear do primeiro.

O segundo parâmetro é aquele que dá preferência aos direitos fundamentais sobre as demais disposições normativas, ou seja, a solução que prestigia a dignidade humana tem preferência sobre as demais.

Sobre esse parâmetro não há muito o que explicar porque os valores neles lembrados falam por si. No caso, o que se deve explicar é que a Constituição, através do princípio da unicidade, é considerada um sistema de normas de mesma hierarquia. Contudo, a dignidade da pessoa humana consiste num elemento central dos objetivos fundamentais da Constituição e não se pode deixar de reconhecer a sua superior fundamentalidade, se comparada a outros bens constitucionais.

Não bastasse a justificativa acima, outros instrumentos sociais têm justificado a centralidade e a fundamentalidade de determinadas normas constitucionais, relacionadas com a dignidade humana e com os direitos fundamentais, como por exemplo, o humanismo, que consagra o homem e sua dignidade como valores supremos e, bem como, o Direito Internacional Público, que consagra consensos universais através dos quais se promove a proteção da dignidade humana e dos direitos fundamentais.

Desta forma, é certo afirmar que ao se verificar um conflito que exija ponderação, hão de ter preferência as normas que defendam e promovam a dignidade humana, assim como aos direitos fundamentais.

É importante salientar, no entanto, que a ponderação como técnica jurídica de decisão a ser utilizada para encontrar soluções que não puderam vir com os elementos clássicos da

hermenêutica jurídica, e nem pela moderna hermenêutica constitucional, constitui importante instrumento de decisão do Poder Judiciário. Contudo, Ana Paula de Barcelos faz importante recomendação a fim de que a mesma não possa dispensar os parâmetros necessários aos limites de atuação dos aplicadores do direito quando dela se utilizarem, sob pena de naturalmente surgirem decisões arbitrárias, ensejando mais ônus do que bônus à segurança jurídica.

4 ESTUDO DE CASO

Neste ponto, mostraremos um caso de conflito de Direitos Fundamentais e de aplicação da técnica da ponderação, em concreto, decidido pelo Supremo Tribunal, que mais se aproxima do tema em estudo, pois não há nele um perfeito conflito de Direitos Fundamentais no exercício das funções públicas, tendo em vista que apenas uma das partes foi envolvida no conflito em função do exercício de cargo público. Lamento não ter podido coletar casos mais específicos ocorridos dentro da Administração Pública e que tenham sido levados até aos tribunais. Mesmo assim, serve o exemplo coletado para demonstrar de que modo se deu a apresentação, pelos senhores Ministros, dos Direitos Fundamentais que estavam em conflito e como, na prática, a técnica da ponderação foi aplicada. Por último, exponho aos ilustres examinadores da banca, e possíveis futuros leitores deste trabalho, o exemplo de um caso concreto ocorrido sob minha jurisdição em uma das Comarcas por onde atuei no exercício da magistratura, e cujo caso serviu, especificamente, para a escolha do tema em exame, pois se trata de uma questão na qual estavam envolvidos os interesses do servidor em confronto com os interesses do Administrador Público, no exercício de seus cargos. Ressalto, no entanto, que em relação à minha decisão a pretensão deste autor não é a de exemplificar o perfeito uso da técnica da ponderação e muito menos de demonstrar a correta solução para os conflitos de Direitos Fundamentais que possam existir na Administração Pública. Mas, exclusivamente, de expô-la aos ilustres examinadores como uma espécie de prova, de dever de casa, por exemplo, a fim de que a mesma seja também motivo de análise.

1º Caso. STF, RCL 2.040-DF, Rel. Min. Néri da Silveira, j. 21.2.2002. (Caso DNA – Direito à honra “vs” Direito à intimidade (inviolabilidade do corpo humano)).

Retirado dos textos de Ana Paula de Barcelos, esse primeiro caso a servir de exemplo do uso da técnica da ponderação, e apresentação dos Direitos Fundamentais em conflito, parte dele no exercício da função pública, foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal, envolvendo o direito à honra (art. 5º, X, CF/88) de policiais federais, acusados pela cantora mexicana Glória Trevi, que engravidou durante o período em que esteve presa na cela da Polícia Federal, enquanto aguardava o julgamento do pedido de sua extradição pelo STF.

Em confronto com o direito à honra dos policiais estava o direito à intimidade, que incorpora a inviolabilidade do corpo humano, (art. 5º, X, CF/88), da cantora mexicana Glória Trevi. Ambos espécies do gênero direitos de personalidade.

Como já mencionado anteriormente, esse caso não trata especificamente do Tema do presente trabalho, pois, no caso, a cantora mexicana Glória Trevi não era, como também não é, servidora pública. De outro lado, os policiais federais foram envolvidos numa séria acusação de estupro contra a cantora mexicana, pois a mesma os acusava de tê-la molestado sexualmente durante o período em que esteve presa na cela da Superintendência da Polícia Federal.

Quando do nascimento da criança, os policiais federais afetados pela acusação da presa solicitaram ao STF o exame de DNA do recém nascido de modo que, comparado com o resultado de seus próprios exames, pudesse restar demonstrado que nenhum deles era o pai da criança e que as acusações da cantora eram falsas.

Na solução desse caso, o STF decidiu por deferir o pedido dos policiais federais, ponderando que, a invasão da integridade física do menor e de sua mãe seria mínima, vez que o material genético seria colhido da placenta, enquanto que os policiais haviam sido acusados publicamente de um crime grave e ainda seriam investigados, com sérias conseqüências para as suas vidas profissionais. Diante dessas circunstâncias, a ofensa ao direito à inviolabilidade do corpo da cantora Glória Trevi, incorporado ao seu direito à inviolabilidade de sua intimidade, seria irrelevante diante da ofensa perpetrada contra o direito à honra daqueles policiais federais, tendo em vista que as acusações foram feitas publicamente e que o desfecho contra os mesmos poderia resultar em sérias conseqüências para a vida funcional.

É importante registrar que o Supremo Tribunal Federal destacou que as circunstâncias particulares do caso, como a interferência diminuta na integridade física da mãe e do menor e a repercussão das acusações perpetradas pela mãe aos policiais federais, tiveram papel decisivo no peso atribuído a cada uma das disposições constitucionais em confronto.

Esse é um exemplo de ponderação entre direitos fundamentais em que a decisão favoreceu a parte que maior prejuízo teria, no plano concreto, se tivesse negado o seu direito fundamental, diante das circunstâncias que se apresentavam no contexto real.

Observa-se que, no caso, não houve registro de que algum dos senhores Ministros do Supremo Tribunal Federal tenha levantado a hipótese de que, por se tratarem de agentes públicos, esse caso específico deveria ser tratado à luz do Direito Administrativo, já que a cantora Glória Trevi estava sob a custódia do Estado e, portanto, como garantidor do bem-estar da prisioneira, o ente público tinha responsabilidade objetiva sobre qualquer espécie de constrangimento sofrido por ela, resultante das condutas de seus agentes no exercício do cargo público. Por esse ângulo de visão dos fatos, e resolvida a culpa objetiva do Estado, somente se o ente público intentasse uma ação regressiva contra os seus agentes é que se poderia investigar sobre suas culpas e possivelmente descobrir como a cantora conseguiu engravidar dentro da cela da Superintendência da Polícia Federal.

Contudo, foram os senhores Ministros do Supremo Tribunal Federal direto ao ponto, buscando no plano constitucional a solução para o problema em que estavam envolvidos os policiais federais, destacando os Direitos Fundamentais em jogo, sopesando as circunstâncias relevantes, e que se caracterizavam pelo método invasivo da prova DNA, a ser colhida da mãe e da criança, com prejuízo para o direito de inviolabilidade do corpo humano dessas pessoas, e pela repercussão e conseqüência que decorreriam das acusações perpetradas contra os policiais federais, com prejuízo imensurável para o direito à honra desses servidores públicos. Assim, indo direito à solução do conflito de Direitos Fundamentais que lhes foi posto, os senhores Ministros do Supremo Tribunal Federal resolveram de imediato uma questão que ainda hoje poderia está se arrastando em alguma vara cível, através de uma ação regressiva, ou criminal, perante à Justiça Federal comum, se qualquer desses juízos não tivesse a firmeza, ou mesmo coragem, de enfrentar a recusa da realização da prova científica sob o ponto de vista do conflito de Direitos Fundamentais.

Para demonstrar a dificuldade que se enfrentaria para resolver essa questão no plano infraconstitucional, seja através de dispositivo de coerção ou de colaboração com a verdade real, numa ação regressiva ou ação penal contra os policiais federais, sem que se tivesse a firmeza, ou mesmo coragem, para decidir sobre a realização da prova científica do ponto de vista do conflito de Direitos Fundamentais, é interessante destacar aqui os votos dos Ministros Marco Aurélio e Ministro Néri da Silveira, do Supremo Tribunal Federal, em um caso de investigação de paternidade, levado a nossa Corte Constitucional, em cuja ação o juízo monocrático tinha deferido a realização do exame DNA e determinado que o suposto pai

fosse conduzido “debaixo de vara” ao laboratório. É desnecessário dizer que esses votos foram vencedores, como já se sabe. Vejamos a seguir:

HC 71.373-4-RS – Tribunal Pleno – Impetrante e paciente: J.A.G.P.M. – Coator: TJRS – Rel. para o acórdão Min. Marco Aurélio – j. 10.11.1994. (Caso DNA – Dignidade humana “vs” Intimidade). Em seu voto, o Min. Marco Aurélio, assim se pronunciou:

Sr. Presidente, jamais pensei que, tendo assento no Supremo Tribunal Federal, pudesse defrontar-me com um quadro de tão extravagante – sob a minha óptica e com a devida vênia dos Srs. Ministros que me antecederam – abuso de poder, a implicar inegável constrangimento para o paciente.

Na espécie, tem-se que, em determinado processo civil – ação de investigação de paternidade – requereu-se (as autoras devem tê-lo feito com o objetivo de comprovar fato constitutivo do direito) o exame denominado DNA, em relação ao qual não coloco dúvidas quanto à valia, à segurança do resultado. Aquele que deveria fornecer, do próprio corpo, a substância indispensável para que fosse realizado recusou-se a tanto. E o que fez o Colegiado no exercício do crivo revisional? Tal como o Juízo, determinou a submissão do paciente ao exame, contra a respectiva vontade. E mais: a condução “debaixo de vara”, como se fosse possível colocar o paciente em uma camisa-de-força a aí levá-lo ao laboratório para, imobilizado, ver recolhido, do próprio corpo – repito – o material necessário.

Sr. Presidente, para mim a violência é impar e discrepa, sobremaneira, não só da ordem constitucional em vigor, como também das normas instrumentais comuns aplicáveis à espécie. É certo que inexiste, no Código de Processo Civil, dispositivo que discipline, de forma expressa, o tema. Todavia, há outros dos quais, uma vez interpretados, emana luz suficiente à definição das conseqüências da recusa. Refiro-me ao teor do § 2º do art. 343 do CPC, quanto ao depoimento pessoal, à intimação para prestá-lo, mostrando-se o destinatário silente e deixando de comparecer em juízo. Qual é a conseqüência prevista, expressamente, no Código de Processo Civil? A execução específica da ordem judicial? Não. O legislador encontrou outra solução: a admissibilidade – ficta, é certo – dos fatos. Distingam-se as posições – de réu e de testemunha. Dou mais um exemplo: o do art. 359, que cuida da exibição de documento, quando a parte é intimada para tanto mas não o faz. A repercussão jurídica não é, em si, a prisão ou a ameaça à mesma, para que apresente o documento.

No caso concreto, o Juízo competente, que é o de investigação de paternidade, saberá dar à recusa do réu, ora paciente, o efeito jurídico-processual mais consentâneo, isto no âmbito da prova e da distribuição respectiva, afastada a execução específica e direta da obrigação de fazer.

Sr. Presidente, quando o nobre Relator começou a relatar este habeas corpus, a matéria pareceu-me de simplicidade franciscana, mas vejo que não é, e que os enfoques – e já temos dois votos no sentido da denegação da ordem – são diversos.

Ninguém está compelido, pela ordem jurídica, a adentrar a Justiça para questionar a respectiva paternidade, da mesma forma que há conseqüências para o fato de vir aquele que é apontado como pai a recusar-se ao exame que objetive o esclarecimento da situação. É certo que compete aos cidadãos em geral colaborar com o Judiciário, ao menos na busca da prevalência dos respectivos interesses, e que o sacrifício – na espécie, uma simples espetadela – não é tão grande assim. Todavia, princípios constitucionais obstaculizam a solução dada à recusa. Refiro-me, em primeiro lugar, ao da legalidade, no que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Inexiste lei reveladora de amparo à ordem judicial atacada neste habeas corpus – no sentido de o paciente, réu na ação de paternidade, ser conduzido ao laboratório para o coleta do material indispensável ao exame. Ainda que houvesse, estaria maculada, considerados os interesses em questão – eminentemente pessoais – e a inegável carga patrimonial, pela inconstitucionalidade. Digo isto porque a Carta Política da República – que o Dr. Ulisses Guimarães, em perfeita síntese, apontou como a “Carta-cidadã” – consigna que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas – inciso X do rol das garantias constitucionais (art. 5º). Onde ficam a intangibilidade do corpo humano, a dignidade da pessoa, uma vez agasalhada a esdrúxula forma de proporcionar a uma das partes, em demanda civil, a feitura de uma certa prova? O quadro é extravagante, e em boa hora deu-se a impetração deste habeas corpus. É irrecusável o direito do paciente de não ser conduzido, mediante coerção física, ao laboratório. É irrecusável o direito do paciente de não permitir que se lhe retire, das próprias veias, porção de sangue, por menor que seja, para a realização do exame. A recusa do paciente há de ser resolvida não no campo da violência física, da ofensa à dignidade humana, mas no plano instrumental, reservados ao juízo competente – ou seja, o da investigação de paternidade – a análise cabível e a definição, sopesadas a prova coligida e a recusa do réu.

Assim, o é porque a hipótese não é daquelas em que o interesse público sobrepõe-se ao individual, como a das vacinações obrigatórias em época de epidemia, ou mesmo a da busca da preservação da vida humana naqueles conhecidos casos em que as convicções religiosas arraigadas acabam por conduzir à perda da racionalidade.

Por tudo, peço vênia ao nobre Relator para conceder a ordem e cassar a determinação no sentido de o paciente ser conduzido, “debaixo de vara”, para coleta do sangue viabilizador do exame, ao laboratório.

Já o Min. Néri da Silveira proferiu o seguinte voto:

Sr. Presidente, cuida-se de uma ação cível de investigação de paternidade. No curso desse procedimento foi requerida a realização de certa prova pelo autor; o réu opôs-se à efetivação dessa prova, porque, para tanto, mister se faria dispor de seu próprio corpo. Pergunta-se: o réu pode opor-se à realização de uma prova pedida pelo autor com objetivo de esclarecer a verdade dos fatos? Há um dispositivo no Código de Processo Civil acerca das provas, art. 339, que estabelece: “Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade”.

É de indagar se esse comando tem a força de compelir o réu, pelo dever de colaborar com o Poder Judiciário, a dispor de direito indisponível, segundo a Constituição. Em verdade, de acordo com a Constituição, é direito individual indisponível o que pretende, aqui, assegurar, por esta via do habeas corpus, o paciente. O réu não quer que lhe seja extraído do corpo material hematológico destinado ao exame do DNA. Pergunta-se: o Poder Judiciário pode obrigar alguém a submeter-se a esse tipo de exame? O paciente considera constrangimento ilegal ser obrigado ao exame aludido. Em favor desse posicionamento invoca-se o disposto no inciso X do art. 5º da Constituição, que assegura a inviolabilidade da intimidade, e aqui cabe ver compreendida, também, a inviolabilidade do corpo. Há outro dispositivo que, a meu ver, não pode deixar de ser levado em conta: é o inciso II do art. 5º da Constituição, que reza: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Não há lei alguma obrigando pai presumido, ou quem réu em ação de investigação de paternidade, a sujeitar-se a prova dessa natureza, que pressupõe, para a sua consecução,

material extraído do corpo do próprio réu. Dessa maneira, se não há sequer lei – ponto que seria questionável, se existisse – regulando essa matéria, ninguém pode ser realmente obrigado, compelido, a se sujeitar a tal exame. Dir-se-á: mas, se não for constituída essa prova, será frustrada a eventualidade da procedência da ação e com isso o paciente estará não só deixando de colaborar com o Poder Judiciário, como a impedir que o autor veja assegurado, pela ordem jurídica, direito que está a pleitear ao Poder Judiciário lhe seja reconhecido: a relação de filiação com o réu. O próprio sistema constitucional, entretanto, responde a essa questão, quando se admite, em matéria de ação de investigação de paternidade, o decreto de sua procedência não só em razão de provas documentais ou testemunhais, mas também por indícios e por presunções.

Trata-se, é certo, de demanda ordinariamente, com prova de difícil produção. Sustenta-se, pois, que a prova pretendida pelo autor é extremamente eficiente, de alta qualidade, no processo de investigação de paternidade, tornando-se quase definitiva a certeza a embasar o juízo do magistrado, quando positivo o resultado.

No caso concreto, o voto vencido do ilustre Des. José Carlos Teixeira Georgis colocou, em termos precisos, a quaestio júris. A recusa do réu implica presunção de reconhecimento do fato da paternidade e tem que ser assim tratada, com conseqüência favorável ao autor. Dir-se-á: sempre alguém poderá levantar dúvida, e isso feriria a dignidade do autor, porque o complexo das provas não seria definitivo. Tanto numa circunstância como na outra, ajuizada a ação, a paternidade somente será reconhecida por via de decisão judicial, que é sempre suscetível de ser discutida; daí os recursos. Esta prova, que hoje se tem como quase incontestável, admite, entretanto, erro. Há, teoricamente, a possibilidade de erro.

Dessa maneira penso que se resguardam os princípios constitucionais da privacidade e da legalidade, que favorecem o paciente; não resulta do decisum, no caso concreto, no que concerne à realização da prova, prejuízo definitivo ao autor, porque há uma conseqüência dessa negativa, qual seja, a confissão, o reconhecimento da paternidade. Em verdade, em princípio, nenhum juiz deixará, diante da recusa do réu de submeter-se ao exame do DNA, de dar pela procedência da ação, tendo nessa recusa o reconhecimento do réu quanto à paternidade. Por isso não quer se sujeitar ao exame, que sabe ser bastante preciso.

O que considero, aqui, em debate não é bem esse resultado da ação cível, mas, sim, questão concernente à liberdade e aos direitos individuais. Ninguém pode ser constrangido, contra sua vontade, a um exame que implica extração de material hematológico de seu corpo.

Assim sendo, posta a questão nesses termos, com a devida vênua do brilhante voto do eminente Relator e dos que o acompanham, meu voto fica de acordo com o dos Ministros que concedem o habeas corpus, a partir do Sr. Min. Marco Aurélio.

Não é preciso dizer que no caso da investigação de paternidade, a questão sobre a realização da prova DNA foi resolvida em favor do direito à inviolabilidade do corpo humano, diferentemente do que se deu no caso Glória Trevi, pois graças à ponderação, levada a efeito no conflito de Direitos Fundamentais, determinadas circunstâncias do caso concreto puderam determinar que a decisão fosse favorável ao direito à honra dos policiais federais. Essa questão foi resolvida à luz do Direito Constitucional, privilegiando o conflito de Direitos Fundamentais ao invés da solução legalista do Direito Administrativo, que poderia se arrastar infinitamente.

2º Caso. Processo n. 2004.0009.4765-6. Ação ordinária de indenização por danos morais cumulada com publicação de retratação. (Direito à honra “vs” Direito à liberdade de Informação e de expressão).

Com esse segundo caso, tenho a oportunidade de expor, especificamente, o que tenho entendido acerca do tema em exame, de como observei o conflito de Direitos Fundamentais, ocorrido dentro da Administração Pública e envolvido com o Direito Administrativo, e de que modo devia tratar essa questão. É importante ressaltar que apesar de ter procurado resolver a questão sob o ponto de vista constitucional, também tive o cuidado de enfrentá-la sob o ângulo do direito infraconstitucional. Por sorte, ambos os caminhos me levaram ao mesmo resultado.

Após algumas análises sobre o caso em exame, percebi que tinha pela frente o dever de decidir uma questão que ao mesmo tempo se apresentava como simples pretensão acobertada pelo Direito Administrativo, mas também me parecia uma forma de conflito de Direitos Fundamentais. Conforme adiante se vê, o caso trata de pedido de danos morais, onde uma servidora reclamava ter sofrido lesão em sua honra em virtude de ato ilícito praticado

pelo seu superior imediato, que no caso se tratava do próprio Chefe do Poder Executivo Municipal. Reclamava a servidora de lesão em sua honra por ter sido incluída numa lista de servidores, denominados de “funcionários fantasmas” pelo senhor Prefeito municipal, e divulgada em nota de informação, em jornal de grande circulação no Estado do Ceará. De imediato, a matéria me parecia simples, ou seja, pensei que se o caso tratava de ato ilícito praticado por agente público, no exercício da função pública, a solução estaria em definir se o ato era realmente ilícito e, em seguida, verificar a relação de causalidade entre o dano sofrido pela servidora e o ato praticado pelo Administrador. Diante de tais constatações, seria mera aplicação da teoria do risco administrativo, ressalvadas as exceções. Contudo, ao analisar a informação prestada pelo Administrador Público verifiquei que ela servia ao princípio da moralidade no serviço público, pois existiam provas robustas de que a servidora faltava ao serviço habitualmente. A partir de então surgiu a contenda, pois de um lado a servidora se sentiu ofendida pelo uso da expressão “funcionários fantasmas” para denominar os servidores daquela lista, e onde estava incluído o nome dela e, de outro lado, o Administrador Público que entendia ter agido com licitude ao informar a população sobre as irregularidades detectadas, muito embora se tenha utilizado de tal expressão para denominar os servidores exonerados. Havia claro entendimento de que a ofensa sentida pela servidora não decorria de sua demissão, pois havia sido exonerada de um cargo político, de livre admissão e exoneração, até porque ela também era servidora efetiva do quadro, mas exclusivamente por ter sido chamada de “funcionária fantasma”, em nota de informação, divulgada em jornal de grande circulação.

Diante de todas essas circunstâncias, vieram-me as seguintes proposições:

1ª – Se interpretado o caso à luz do Direito Administrativo e definido como ilícito o ato praticado pelo senhor Prefeito, observada a relação de causalidade entre o ato e o dano, aplicar-se-ia a teoria do risco administrativo, com responsabilidade objetiva para o ente público.

2ª – Se interpretado o caso à luz do Direito Administrativo e verificado que o ato praticado pelo senhor Prefeito se deu por culpa exclusiva da vítima, aplicar-se-iam os mesmos postulados da teoria do risco administrativo para eximir a Administração Pública de qualquer sanção pecuniária.

Contudo, persistiam algumas indagações:

1ª - O fato de ter a servidora dado causa a sua exoneração e, portanto, quase certo de que fora justa a decisão do Prefeito, dava respaldo a ele de denominá-la “funcionária fantasma”?

2ª – Bastava à solução do caso de que o mesmo fosse interpretado somente à luz do Direito Administrativo?

O pensamento que me ocorreu foi o de que quando o resultado danoso, decorrente da prática de ato do agente público, se caracteriza como um desfecho natural da culpa exclusiva da vítima, como é o caso, por exemplo, de dano causado a veículo de particular, estacionado embaixo de árvore que está sendo podada por agente público, muito embora avisado de que não era permitido estacionar naquele local, fica fácil decidir através da teoria do risco administrativo, utilizando a ressalva da culpa exclusiva da vítima. Porém, quando o ato, denunciado de ilícito, praticado pelo agente público se configura no uso de expressão para denominar determinado servidor, insinuando ser portador de mau comportamento, muito embora seja a expressão comumente usada pela população, não me parecia que pudesse se caracterizar como um desfecho natural em virtude de culpa exclusiva da servidora, até porque poderia o agente público ter usado outra expressão no lugar daquela e, com certeza, de cunho mais oficial.

Pensei, então, que se fosse possível colocar a questão em face de um conflito de Direitos Fundamentais, seria possível avaliar melhor se a expressão utilizada pelo senhor Prefeito era realmente relevante para imputar à Administração Pública alguma sanção pecuniária, apesar da existência de provas robustas de que a servidora faltava ao serviço e, por isso, havia dado causa a sua exoneração.

Seguindo adiante, não tive dúvidas de que em favor da servidora pesava o seu direito de personalidade, que é gênero do direito à honra. Mas, e em favor do senhor Prefeito? Poderia mesmo está o direito à liberdade de informação ou de expressão, olhando a questão diretamente sob o prisma constitucional e se afastando dos postulados do Direito Administrativo? E mais, poderia o senhor Prefeito se favorecer do direito à liberdade de

informação, ou de expressão, em qualquer meio de comunicação, oficial, imprensa escrita ou falada?

Todas essas indagações, serviram de base para iniciar o julgamento da lide, que se deu conforme adiante se vê:

I – RELATÓRIO: M. L. M. L., qualificada, ingressou em juízo com ação de indenização por danos morais cumulada com publicação de retratação contra o MUNICÍPIO DE (...)

Assevera a inicial que a autora ocupava cargo comissionado na Administração Municipal de (...), durante a gestão do então prefeito J. A. G. A., que a exonerou e ainda publicou matéria paga pelos cofres públicos no jornal Diário do Nordeste, no caderno regional, p. (...), edição de (...), denegrindo a imagem e a honra da autora, atribuindo-lhe comportamento ilegal e reprovável, pois a denominava de “funcionária fantasma”, sem que fosse verdade tal informação, pois a autora sempre foi pessoa de honra intocável, gozando de respeito perante o público.

Assevera mais a inicial que o jornal Diário do Nordeste circula diariamente em todo o Estado do Ceará, sendo um dos maiores jornais da Região Nordeste, em regra, varando fronteiras estaduais e que, portanto, não é difícil perceber que os milhares de leitores do referido jornal firmaram juízo sobre o assunto, acreditando, por certo, que a autora seria realmente uma “funcionária fantasma”, pessoa que se locupleta indevidamente do erário.

(...)

Ao final, requer a citação do demandado e a procedência do pedido com a condenação do município demandado ao pagamento da indenização no valor de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), além da obrigação de fazer, consistente em lançar nota, às suas expensas, no mesmo jornal, desagravando publicamente a promovente, no prazo fixado pelo juízo, sob pena de multa diária no valor de R\$ 100,00 (cem reais) ou, alternativamente, à indenização fixada por este juízo, sem prejuízo de cominação de multa diária quanto à obrigação de fazer.

Junto à inicial vieram os documentos de fls. 22/126.

Às fls. 129, a autora emendou a inicial quanto ao valor da causa, conforme determinado pelo juízo.

Com vistas, o MP manifestou interesse tão-somente quanto à possibilidade da existência de prática de crime contra a Administração Pública por parte do então prefeito J. A. G. A., negando interesse quanto à pretensão da causa, conforme fls. 130.

Citado, às fls. 131/verso, o município contestou, requerendo, inicialmente, o indeferimento da inicial em face da decadência, vez que, pela lei de imprensa, a ação teria sido proposta fora do prazo legal. Assevera mais que não é caso de responsabilidade objetiva do ente público, tendo em vista que a matéria não foi paga pelos cofres públicos.

No mérito, alega que a nota publicada não teve o condão de atentar contra a honra da autora, bem como de que a referida nota não teve a repercussão alegada porque o povo do Ceará não tem acesso e nem costume de ler jornal e, por tudo isso, não se vislumbra qualquer dano moral sofrido pela requerente. Ao final, requer a improcedência do pedido.

Com a contestação veio o documento de fls. 150.

Réplica da autora às fls. 152/160.

Despacho saneador às fls. 162/163.

Instrução às fls. 188/197.

Alegações finais da autora às fls. 235/239.

Alegações finais do demandado às fls. 240/260.

II – FUNDAMENTAÇÃO: Em suas alegações finais, a autora ratifica, em síntese, o que alegou na inicial e em sua réplica, asseverando a responsabilidade objetiva do

Poder Público em face do ato do então prefeito e afirmando que o mesmo agiu em nome do município demandado quando atribuiu à autora a pecha de “funcionária fantasma”, em nota paga e publicada em jornal de grande circulação, configurando, assim, a legitimidade passiva do município demandado. Assevera mais que não ventilou a aplicação da lei de imprensa. Ao final, afirma que a autora cursava sua faculdade na cidade de (...) em acordo com o prefeito que a nomeou e, inclusive, com o então prefeito interino o senhor J. A. G. A., fazendo referência aos depoimentos colhidos em instrução para provar tal fato.

Já o município demandado alega em suas razões finais, em síntese, que não é parte legítima para responder pela nota publicada, pois tal nota não teria sido paga pelos cofres públicos, sendo o único responsável o senhor J. A. G. A., na condição de particular. Assevera mais que a nota não teve o condão de macular a honra da autora, tanto que o fato nunca foi sequer comentado na cidade de (...), mas que a mesma foi exonerada em virtude de não conseguir conciliar o trabalho com os estudos no Estado vizinho do (...), prejudicando, muito embora por motivos alheios a sua vontade, o bom andamento da Secretaria a qual dirigia. Quanto ao valor da indenização pedido pela autora, reclama que o mesmo é desprovido de razoabilidade e desproporcional e que a autora sequer foi capaz de trazer aos autos provas robustas do suposto dano.

Da legitimidade passiva do município de (...): A Constituição Federal de 1988 adotou a teoria do risco administrativo, consagrando a responsabilidade objetiva do Poder Público. Assim, em seu art. 37, § 6º, a Constituição Federal estabelece que 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.

Com efeito, quando a norma constitucional faz referência à qualidade do agente responsável, quer dizer que esse agente deve ser competente para a prática do ato e que sua ação deve ter ligação com a sua função.

No caso concreto, o então prefeito interino J. A. G. A. quando decidiu pela publicação da respectiva nota, encontrava-se em pleno gozo de suas funções de administrador público e noticiou fato cuja prática dizia respeito à esfera de sua administração, sendo irrelevante, portanto, que a nota tenha sido paga pelos cofres públicos. Ademais, o então prefeito J. A. G. A. fez questão de deixar claro na própria nota que falava pelo município de (...), conforme se vê pela folha do jornal juntada aos autos às fls. 22.

Não há restar dúvidas, portanto, do cabimento da legitimidade passiva do município de (...) nesta lide, pois o ex-prefeito J. A. G. A. agiu na qualidade de prefeito municipal e não na condição de particular.

Da não aplicação da lei de imprensa: Muito embora tenha este juízo, quando da prolação do despacho saneador, conforme se vê às fls. 162/163, entendido ser cabível a lei de imprensa no caso concreto, tenho agora entendimento contrário, pois é certo que se o autor do escrito não é jornalista, ou profissional de comunicação, a matéria deve ser regida à luz do Código Civil, além das disposições constitucionais, como no caso, vez que o escrito teve origem na prática de ato por agente público, e agindo nessa qualidade.

Com efeito, sendo a matéria inerente às disposições do Código Civil, a legitimidade passiva também deve ser reconhecida pessoalmente ao agente, a quem se atribui a prática do ato, em face da responsabilidade solidária preceituada nos termos do art. 942, e seu parágrafo único, do Código Civil, podendo ficar à opção do lesado a escolha contra quem demandará.

Do confronto entre direitos fundamentais (direito de informação e direitos da personalidade): Considerando que o então prefeito J. A. G. A., e nessa qualidade, decidiu se manifestar publicamente com a respectiva nota através da imprensa, informando algumas das diretrizes de sua administração municipal, além de procurar justificar a exoneração de determinados servidores, denominando-os de “funcionários fantasmas”, incluindo a autora, não se pode tratar essa conduta como um simples ato administrativo, mas como a livre manifestação de expressão do gestor público, com todas as repercussões inerentes ao caso, e entre essas, o confronto entre dois direitos fundamentais, ou seja, de um lado, o direito de

informação, e de outro, o direito à honra dos servidores denominados de “funcionários fantasmas”.

Saliente-se que o Município demandado argumentou em sede de contestação, e em alegações finais, que a autora teria sido exonerada e dado causa à nota publicada por estar cursando Direito na Faculdade (...), na cidade de (...), onde também teria passado a morar, coincidentemente, durante os três meses em que o então prefeito J. A. G. A. esteve à frente da Administração do Município de (...).

Assim sendo, posta a controvérsia em face da possível boa fé da manifestação do então prefeito J. A. G. A., a questão é passiva de solução através da ponderação entre os direitos fundamentais em confronto, conforme identificados acima, pois mesmos os direitos fundamentais não podem ser exercidos como se absolutos fossem, desrespeitando os limites da razoabilidade.

O Superior Tribunal de Justiça já se debruçou sobre esse tipo de problema em termos de uma ponderação desses direitos fundamentais, conforme adiante se vê:

“A responsabilidade civil decorrente de abusos perpetrados por meio da imprensa abrange a colisão de dois direitos fundamentais: a liberdade de informação e a tutela dos direitos da personalidade (honra, imagem e vida privada). A atividade jornalística deve ser livre para informar a sociedade acerca de fatos cotidianos de interesse público, em observância ao princípio constitucional do Estado Democrático de Direito; contudo, o direito de informação não é absoluto, vedando-se a divulgação de notícias falaciosas, que exponham indevidamente a intimidade ou acarretem danos à honra e à imagem dos indivíduos, em ofensa ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana” (REsp 719.592/AL, Rel. MIN. JORGE SCARTEZZINI, quarta turma, julgado em 12.12.2005, DJ 01.02.2006, p. 567).

O Professor Luís Roberto Barroso, escrevendo sobre a “colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade e critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa”, publicado na Revista Latino-americana de Estudos Constitucionais, expôs o seguinte:

“Na colisão entre a liberdade de informação e de expressão, de um lado, e os direitos de personalidade, de outro, destacam-se como elementos de ponderação: a veracidade do fato, a ilicitude do meio empregado na obtenção da informação, a personalidade pública ou estritamente privada da pessoa objeto da notícia, o local do fato, a natureza do fato, a existência de interesse público na divulgação, especialmente quando o fato decorra da atuação de órgãos ou entidades públicas, e a preferência por medida que não envolvam proibição da prévia divulgação. Tais parâmetros servem de guia para o intérprete no exame das circunstâncias do caso concreto e permitem certa objetividade de escolha”.

Desta sorte, no exame deste caso concreto, para se chegar à conclusão se o ex-prefeito J. A. G. A. agiu ilicitamente quando decidiu denominar a autora de “funcionária fantasma” através de nota publicada em jornal de grande circulação, com risco de ofensa à honra da demandante, tentaremos compatibilizar as circunstâncias do caso aos elementos de ponderação acima destacados.

Quanto à veracidade da informação de possível faltas ao serviço por parte da autora, é de se concluir que, apesar dos depoimentos das testemunhas arroladas pela demandante, dando a entender

que a promovente tinha a permissão do então prefeito para estudar na cidade de (...) e compensar o trabalho nos fins de semana, negando-se, assim, o conceito de “funcionária fantasma” à autora, pois, como é público e notório, essa denominação serve ao funcionário que não aparece no local de trabalho, bem como sobre o qual o superior imediato não tem notícia de sua situação funcional, restou mesmo assim constatada a veracidade em face da prova documental que compõe o conjunto probatório dos autos, requerida pelo juízo, consistente no histórico escolar do diário de classe da aluna M. L. M. L., enviado a este juízo pela Diretora Geral da Faculdade (...), e através do qual se demonstra que a autora faltou somente 09 (nove) dias de aula enquanto cursava as disciplinas de Ciência Política, História do Direito, Introdução ao Estudo do Direito e Metodologia da Pesquisa Jurídica, durante o segundo semestre letivo do ano de 2002, conforme se vê às fls. 210/230 dos autos. Saliente-se, por oportuno, que a autora ocupava naquele período o cargo comissionado de Secretária Municipal, por nomeação do próprio então prefeito J. A.

G. A. Com efeito, através desse parâmetro não se pode afirmar que o ex-prefeito abusou do seu direito de informação.

De outro lado, é evidente que o ex-prefeito J. A. G. A. não precisou usar de meios ilícitos para obter os conhecimentos necessários a fim de acusar as faltas ao serviço por parte da autora, pois como chefe do executivo municipal na época sempre teve o poder necessário para conseguir tal informação. Desta feita, o ex-prefeito não cometeu qualquer ilicitude.

Já a personalidade pública da autora, vez que exercia o cargo público de Secretária Municipal, justificava a divulgação de qualquer conduta possivelmente irregular com relação a mesma em nome do princípio da transparência no serviço público, dado que o fato decorre da atuação de órgãos públicos como é o caso da Secretaria Municipal. No entanto, a utilização do direito de informação em jornal extra-oficial, por parte do ex-prefeito, não atendeu com adequação ao princípio da publicidade dos atos administrativos, pois essa publicidade a que está obrigado o agente público na prática de seus atos é sempre efetivada através do órgão oficial da Administração. Assim, agiu bem o ex-prefeito quanto à necessidade de divulgação do fato em face da personalidade pública da autora e do interesse público, mas pecou quanto à adequação do instrumento utilizado para exercer o seu direito de informação.

E finalmente, quanto à natureza do fato (ofensa à honra da autora), muito embora sendo de mau gosto a utilização da expressão “funcionária fantasma”, dada à requerente, e ainda mais através do então chefe do executivo municipal, tenho por insuscetível de

reprovação no caso, vez que se trata de infeliz costume popular de denominar com tal expressão os servidores que faltam ao serviço, por qualquer motivo que seja. Por conseguinte, não merece ser reprovado o ex-prefeito pelas palavras que usou em seu direito de informação.

Com efeito, mesmo tendo o ex-prefeito J. A. G. A. atuado inadequadamente na escolha do meio para exercer o seu direito de informação, a sua atitude foi adequada quanto aos demais parâmetros de ponderação, não restando, portanto, qualquer reprovação à conduta do ex-prefeito quando em nota de jornal denominou a autora de “funcionária fantasma”, tendo em vista a conformação dessa infeliz expressão popular com a falta ao serviço pela promovente enquanto ocupava o cargo público de Secretária Municipal, durante a gestão do então prefeito J. A. G. A., em virtude da faculdade que cursava no vizinho Estado do (...), e dada a sua condição de servidora pública, embora provisória. Assim, dadas as circunstâncias em que se deu a divulgação de que a autora estaria incluída entre os tais “funcionários fantasmas”, o direito à informação exercido pelo então prefeito J. A. G. A. é preponderante sobre o direito à honra da autora.

Da culpa exclusiva da vítima: Não bastasse a ponderação realizada, conforme acima exposta, devido ao confronto entre direitos fundamentais identificados na questão posta, ou seja, do direito de informação e dos direitos da personalidade, cujo resultado não reconheceu a responsabilidade civil do município demandado pela expressão popular utilizada pelo ex-prefeito J. A. G. A. para informar sobre a falta ao serviço pela autora quando ocupava o cargo de Secretária Municipal, resta também a análise da questão sob a ótica da excludente da responsabilidade objetiva do Poder Público em face da culpa exclusiva da vítima.

Alexandre de Moraes, em seu livro “Direito Constitucional Administrativo”, 3ª edição, pág. 231, fez a seguinte observação:

“No Direito Brasileiro, a responsabilidade civil do Estado é objetiva, com base no risco administrativo, que, ao contrário do risco integral, admite abrandamentos. Assim, a responsabilidade do Estado pode ser afastada no caso de força maior, caso fortuito, ou ainda, se

comprovada a culpa exclusiva da vítima. Portanto, como afirmado pelo Pretório Excelso, “o princípio da responsabilidade objetiva não se reveste de caráter absoluto, eis que admite o abrandamento e, até mesmo, a exclusão da própria responsabilidade civil do Estado, nas hipóteses excepcionais configuradoras de situações liberatórias – como o caso

fortuito e a força maior – ou evidenciadoras de ocorrência de culpa atribuível à própria vítima”.

No caso concreto, apesar da indicação de que a autora teria feito um acordo com o então prefeito J. A. G. A. para poder faltar ao serviço enquanto cursava sua faculdade no vizinho Estado do (...), conforme assim afirmaram as testemunhas arroladas pela demandante, tenho por meu livre convencimento de que a possível existência desse acordo não pode significar o deslinde da questão, ainda mais diante da existência da robusta prova, consistente no histórico escolar dos diários de classe enviados a este juízo pela Faculdade (...), juntado aos autos às fls. 210/230, que demonstra que a autora faltou apenas 09 (nove) dias de aula durante todo o segundo semestre letivo do ano de 2002, enquanto cursava as disciplinas de Ciência Política, História do Direito, Introdução ao Estudo do Direito e Metodologia da Pesquisa Jurídica, naquela Faculdade, significando que a autora praticamente não se ausentou da cidade de (...), no vizinho Estado do (...), enquanto cursava sua faculdade, ao mesmo tempo em que ocupava a pasta da Secretaria Municipal de Agricultura e Recursos Hídricos, durante a gestão do então prefeito J. A. G. A. O mesmo efeito, ocorre com a afirmação pelas testemunhas arroladas pela autora de que o motivo de sua exoneração teria sido político, vez que o conjunto probatório também não oferece maiores indícios de que esse seria o real motivo que teria dado impulso a todo esse episódio e, bem como, quanto ao motivo exposto na inicial de que tal atitude do ex-prefeito seria por vingança contra o irmão da autora, (...). Ressalte-se que a autora foi nomeada para a Secretaria Municipal de Agricultura e Recursos Hídricos pelo então prefeito J. A. G. A., cargo esse comissionado e normalmente ocupado por pessoas de confiança do gestor público.

Saliente-se, por oportuno, que o município demandado alegou em sua contestação a existência da excludente da responsabilidade objetiva do Poder Público, conforme adiante transcrito:

“No caso da requerente temos a convicção que ela não vinha exercendo a contento as funções de seu cargo, não por desídia ou irresponsabilidade, mas tão-somente pelo fato de não poder estar em dois Estados (...) ao mesmo tempo. Tendo em vista que naquele Estado do (...) a requerente estava fazendo a sua faculdade”.

Desta sorte, outro não poderia ser o resultado que não a exoneração da autora do cargo comissionado que ocupava e a conseqüente utilização da popular expressão “funcionária fantasma” pelo então prefeito J. A. G. A. quando decidiu por informar ao público, embora por meio inadequado, sobre o motivo fático que o levou a exonerar a requerente, pessoa até então de sua confiança. Com efeito, no caso, a requerente contribuiu exclusivamente para a ocorrência do evento que resultou na manifestação do então prefeito e na utilização pelo mesmo da popular expressão que a denominou de “funcionária fantasma”.

Concluo, portanto, pela irresponsabilidade civil do município de (...), para o fim da obrigação de indenizar a autora, no episódio que levou o então prefeito J. A. G. A. a denominar a requerente pela popular expressão de “funcionária fantasma” quando exerceu o direito de informação, informando ao público o motivo que o levou a exonerá-la do cargo comissionado de Secretária Municipal, conforme nota juntada aos autos às fls. 22.

III – DISPOSITIVO: Ante o exposto, JULGO IMPROCEDENTE o pedido da autora, de acordo com o art. 269, inciso I, do Código de Processo Civil. Sem custas. Justiça gratuita. P. R. I. (...), 10 de maio de 2007. Francisco das Chagas Gomes. Juiz de Direito.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Estou convencido de que a partir da promulgação da Carta Política de 1988 entramos em uma nova etapa de interpretação da Constituição, onde deve ser constante a preocupação com a eficácia dos direitos fundamentais. Não há mais como pensar em realizar o direito, seja em que ramo for que não se exija da interpretação de qualquer norma jurídica uma perfeita consonância com a Constituição e suas normas de direitos fundamentais.

Particularmente sinto que a jurisdição tem importância fundamental na realização dos direitos fundamentais, pois é nesse palco onde as questões são postas para discussão e é através dele que se concretiza a vontade do legislador comum e do constituinte. Por isso mesmo, também deve partir da jurisdição, assim como acontece através da doutrina, o destemor e a coragem de inovar, quando for possível, desde que a criação do intérprete esteja em conformidade com a vontade constitucional, principalmente em função de seus preceitos fundamentais.

Não é por acaso que temos visto em todos os livros, artigos e etc, que a força normativa da Constituição ainda tem muito que nos mostrar e que através dela temos o instrumento capaz de modificar e transformar antigos conceitos em modernos conceitos para o fim de alcançar uma sociedade mais justa e mais solidária. Também não há porque se imaginar pequeno diante de tão grandes possibilidades de realizar a justiça se a pretensão é atingir os fins sociais preconizados pelos preceitos fundamentais, pois pode ser mesmo através de uma aula para alunos da faculdade, de uma palestra para operadores do direito, de um artigo, de um parecer, de uma sentença ou da elaboração de um projeto de lei, que qualquer um de nós, dentro de sua área, pode contribuir para concretizar os objetivos fundamentais de nossa Constituição e os fins de qualquer de seus princípios.

É importante ressaltar, contudo, que o espaço oferecido pelas normas-princípios aos operadores do direito não sirva de instrumento para o desenvolvimento de teses casuísticas ou arbitrárias, que só beneficiam individualmente, sem qualquer preocupação com o social. Para tanto, deve a doutrina e também a jurisprudência continuar o trabalho de desenvolver os instrumentos jurídicos adequados para o combate à criação desmedida, que tem o fim

específico de alcançar objetivos outros que não sejam os verdadeiros fins objetivados pelos direitos fundamentais.

Também é certo que esses instrumentos não podem tolher de todo a liberdade do operador do direito, pois já seria suficiente que lhe fornecessem as balizas de um objetivo final (os verdadeiros fins dos direitos fundamentais), sem lhe tirar um desejável espaço de discricionariedade na sua atividade de interpretar.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto (Org.) **A nova Interpretação Constitucional**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado**. Porto Alegre/RS, v. 28, n. 60, p. 1-204, jul/dez, 2004.

BASTOS, Núbia M. Garcia. **Introdução à metodologia do trabalho acadêmico**. 4. ed. Fortaleza: Gráfica e Editora Nacional, 2007.

BONAVIDES, Paulo, **Curso de Direito Constitucional**. 23.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

DE BARCELOS, Ana Paula. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.) **A nova Interpretação Constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ECO, Humberto. **Como se faz uma tese**. 20. ed. São Paulo. Editora Perspectiva S/A, 2006.

GUERRA FILHO, Willis Santiago, **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 5.ed. São Paulo: RCS Editora, 2007.